

المُلَقَّع

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي

٥٤١ - ٥٦٢ هـ

و:

الشرح الكبير

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي

٥٩٧ - ٦٨٢ هـ

ومعهما :

الإضاف

في معرفة الراجح من الخلاف

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرزداوي

٨١٧ - ٨٨٥ هـ

تحقيق

الدكتور عبد الرحمن عبد المحسن التركي

الجزء التاسع عشر

العق

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى

١٤١٦ هـ = ١٩٩٥ م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - حيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٢

ص . ب ٦٣ إمبابة

يوزع

على نفقة

خادم الحرمين الشريفين

الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود

خدمة للعلم وطلابه

أجزل الله مؤبته .. ودفعه لرضائه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْعِتْقِ

المقنع

الشرح الكبير

(١) كتاب العتق

الْعِتْقُ فِي اللُّغَةِ : الْخُلُوصُ . وَمِنْهُ عِتَاقُ الْخَيْلِ ، وَعِتَاقُ الطَّيْرِ ، أَيْ خَالِصَتُهَا ، وَسُمِّيَ الْبَيْتُ الْحَرَامُ عَتِيقًا ؛ لَخُلُوصِهِ مِنْ أَيْدِي الْجَبَابِرَةِ . وَهُوَ فِي الشَّرْعِ : تَحْرِيرُ الرَّقَبَةِ وَتَخْلِيصُهَا مِنَ الرِّقِّ . يُقَالُ : عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَأَعْتَقْتُهُ أَنَا ، وَهُوَ عَتِيقٌ ، وَمُعْتَقٌ . وَالْأَصْلُ فِيهِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(١) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَكُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(٢) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْبًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ ، حَتَّى إِنَّهُ لَيَعْتِقُ الْيَدَ بِالْيَدِ ، وَالرَّجْلَ بِالرَّجْلِ ، وَالْفَرْجَ بِالْفَرْجِ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . فِي أَخْبَارٍ كَثِيرَةٍ سِوَى هَذَا . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى صِحَّةِ الْعِتْقِ وَحُصُولِ الْقُرْبَةِ بِهِ .

الإنصاف

كِتَابُ الْعِتْقِ

فَائِدَةٌ : الْعِتْقُ ؛ عِبَارَةٌ عَنْ تَحْرِيرِ الرَّقَبَةِ ، وَتَخْلِيصِهَا مِنَ الرِّقِّ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ .

(١) بداية الجزء السادس من نسخة أحمد الثالث التي هي الأصل ، وأرقام صفحاتها في مواضعها من التحقيق .

(٢) سورة المجادلة ٣ .

(٣) سورة البلد ١٣ .

(٤) تقدم تخريجه في ٥٦٠/٣ . وهذا لفظ أحمد .

المقنع وَهُوَ مِنْ أَفْضَلِ الْقُرْبِ .

الشرح الكبير

٢٩٠٩ - مسألة : (وهو من أفضل القرب) لأن الله تعالى جعله ، كفارة للقتل ، والوطء في رمضان ، والأيمان ، وجعله النبي ﷺ فكاً كما لمُعْتِقِهِ مِنَ النَّارِ ، ولأن فيه تَخْلِيصَ الْآدَمِيِّ الْمَعْصُومِ مِنْ ضَرَرِ الرَّقِّ ، وَمِلْكَ نَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ ، وَتَكْمِيلَ أَحْكَامِهِ ، وَتَمَكِينَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ عَلَى حَسَبِ إِرَادَتِهِ وَاخْتِيَارِهِ .

الإنصاف

قوله : وهو من أفضل القرب . هكذا قال أكثر الأصحاب . وقال في « التَّبَصُّرَةِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : هو أَحَبُّ الْقُرْبِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى .

فوائد ؛ منها ، أَفْضَلُ عِتْقِ الرَّقَابِ ، أَنْفُسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا ، وَأَغْلَاهَا ثَمَنًا . نقله الجماعة عن الإمام أحمد ، رَحِمَهُ اللَّهُ . قال في « الْفُرُوعِ » : وظاهره ولو كافيّة . وفاقاً للإمام مالك ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وخالفه أصحابه . قال في « الْفُرُوعِ » : وَلَعَلَّهُ مُرَادُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، لَكِنْ يُثَابُ عَلَى عِتْقِهِ . قال في « الْفُنُونِ » : لا يَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ . ومنها ، عِتْقُ الذَّكَرِ أَفْضَلُ مِنْ عِتْقِ الْأُنْثَى . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نصّ عليه في رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وجزم به في « الْمُنَوَّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الْآدَمِيِّ » ، و « الْمُغْنَى » ، و « الْوَجِيزِ » . وقدمه في « الْمُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، [١٣٨/٣] و « الْفَائِقِ » ، و « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وغيرهم . وعنه ، عِتْقُ الْأُنْثَى لِلْأُنْثَى أَفْضَلُ . ونصّ عليه في رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ . وقدمه في « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « إِدْرَاكِ الْغَايَةِ » . ومنها ، عِتْقُ الْأُنْثَى كِعِتْقِ الذَّكَرِ فِي الْفِكَالِ مِنَ النَّارِ . ذكره ابن أبي موسى المذهب . وقدمه في « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » .

وَالْمُسْتَحَبُّ عِتْقُ مَنْ لَهُ كَسْبٌ . فَأَمَّا مَنْ لَا قُوَّةَ لَهُ وَلَا كَسْبَ ،
فَلَا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ وَلَا كِتَابَتُهُ .

الشرح الكبير

وإعتاق الرجل أفضل من إعتاق المرأة ؛ لما روى كعب بن مرة
البهزني ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ رَجُلًا
مُسْلِمًا كَانَ فِكَاهُهُ مِنَ النَّارِ ، يُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهِ عَظْمًا مِنْ
عِظَامِهِ ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ مُسْلِمٍ أَعْتَقَ امْرَأَتَيْنِ مُسْلِمَتَيْنِ كَانَتْ فِكَاهُهُ مِنَ النَّارِ ،
يُجْزَى بِكُلِّ عَظْمَيْنِ ^(١) مِنْ عِظَامِهِمَا عَظْمًا مِنْ عِظَامِهِ ، وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ
مُسْلِمَةٍ ^(٢) أَعْتَقَتْ امْرَأَةً مُسْلِمَةً كَانَتْ فِكَاهُهَا مِنَ النَّارِ ، تُجْزَى بِكُلِّ
عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهَا عَظْمًا مِنْ عِظَامِهَا ^(٣) . وقيل : عِتْقُ الْمَرْأَةِ لِلْمَرْأَةِ أَفْضَلُ .
٢٩١٠ - مسألة : (وَالْمُسْتَحَبُّ عِتْقُ مَنْ لَهُ كَسْبٌ) وَدَيْنٌ يَنْتَفِعُ
بِالْعِتْقِ ، (فَأَمَّا مَنْ لَا قُوَّةَ لَهُ وَلَا كَسْبَ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ وَلَا كِتَابَتُهُ)

الإنصاف

وعنه ، عِتْقُ امْرَأَتَيْنِ كَعِتْقِ رَجُلٍ فِي الْفِكَاهِ . قَدَّمَهُ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » .
ومنها ، التَّعَدُّدُ فِي الْعِتْقِ أَفْضَلُ مِنْ عِتْقِ الْوَاحِدِ . قَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ،
وغيرهما . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » فِي بَابِ الْأَضَاحِيِّ . وَمَالَ صَاحِبُ « الْقَوَاعِدِ
الْفِقْهِيَّةِ » فِيهَا إِلَى أَنَّ عِتْقَ رَقَبَةٍ نَفِيسَةٍ بِمَالٍ أَفْضَلُ مِنْ عِتْقِ رِقَابٍ مُتَعَدِّدَةٍ بِذَلِكَ
الْمَالِ . وَقَالَ عَنِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ : فِيهِ نَظَرٌ .

قوله : فَأَمَّا مَنْ لَا قُوَّةَ لَهُ وَلَا كَسْبَ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ وَلَا كِتَابَتُهُ . بل يُكْرَهُ .

(١) في م : « عظم » .

(٢) سقط من : م .

(٣) بعده في الأصل : « رواه مسلم » . والحديث ليس عنده . انظر : تحفة الأشراف ٣٢٥/٨ .

وأخرجه أبو داود ، في : باب أي الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٤/٢ ، ٣٥٥ . وابن =

«قد ذَكَّرْنَا أَنَّ الْعَتَقَ إِنَّمَا يُسْتَحَبُّ لِمَنْ لَهُ كَسْبٌ يَنْتَفِعُ بِالْعَتَقِ ، فَأَمَّا مَنْ يَتَصَرَّرُ بِهِ ، كَمَنْ لَا كَسْبَ لَهُ^(١) لِسُقُوطِ نَفَقَتِهِ عَنْ سَيِّدِهِ بِاعْتَاقِهِ ،

وهذا المذهب . جَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ «الْمُذْهَبِ» ، وَ «الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ «الْخُلَاصَةِ» ، وَ «الشَّرْحِ» ، وَ «شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى» ، وَ «الْوَجِيزِ» ، وَ «الْحَاوِي» ، وَغَيْرِهِمْ . قَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَ «الْفَائِقِ» . وَصَحَّحَهُ فِي «النَّظْمِ» وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، يُسْتَحَبُّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْمُحَرَّرِ» ، وَ «الرَّعَايَتَيْنِ» . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» : قُلْتُ : وَيَحْتَمِلُ الِاسْتِحْبَابُ عَلَى الْقَوْلِ بِوُجُوبِ نَفَقَتِهِ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، تُكْرَهُ كِتَابَتُهُ دُونَ عَتَقِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي «تَذَكُّرَتِهِ» . وَعَنْهُ ، تُكْرَهُ كِتَابَةُ الْأُنْثَى . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي أَوَّلِ بَابِ الْكِتَابَةِ .

فَوَائِدُ ؛ الْأُولَى ، لَوْ خَافَ عَلَى الرَّقِيقِ الزَّوْنِ وَالْفَسَادَ ، كُرِهَ عَتَقُهُ ، بِإِخْلَافٍ أَعْلَمُهُ . وَإِنْ ظَنَّ ذَلِكَ ، صَحَّ وَحَرُمَ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَقَالَ : وَيَتَوَجَّهُ فِيهِ كَمَنْ بَاعَ . أَوْ اشْتَرَى بِقَصْدِ الْحَرَامِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَلَوْ أَعْتَقَ جَارِيَةً ، وَنَيْتَهُ بِعَتَقِهَا أَنْ تَكُونَ مُسْتَقِيمَةً ، لَمْ يَحْرُمَ عَلَيْهِ بَيْعُهَا ، إِذَا كَانَتْ زَانِيَةً . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ ، وَاسْتَنْتَى نَفْعَهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِحَدِيثِ سَفِينَةَ^(٢) . وَكَذَا لَوْ اسْتَنْتَى خِدْمَتَهُ مُدَّةً حَيَاتِهِ . قَالَ فِي «الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثِينَ» . قَالَ : وَعَلَى هَذَا يَتَخَرَّجُ أَنْ يُعْتَقَ أُمَّتُهُ ، وَيَجْعَلَ عَتَقَهَا صَدَاقَهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَنْتَى الْإِنْتِفَاعَ بِالْبُضْعِ ،

= ماجه ، في : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام أحمد في : المسند ٢٣٥/٤ ، ٣٢١ . واللفظ له .

(١ - ١) زيادة من : الأصل .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في العتق على الشرط ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٨/٢ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق عبدا واشترط خدمته ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٢١/٥ ، ٣١٩/٦ .

فَيُضِيعُ ، أَوْ يَصِيرُ كَلًّا عَلَى النَّاسِ وَيَحْتَاجُ إِلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ وَلَا كِتَابَتُهُ . فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يُخَافُ عَلَيْهِ الرُّجُوعُ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَتَرْكُ إِسْلَامِهِ ، أَوْ يُخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادُ ؛ كَمَنْ يُخَافُ أَنَّهُ إِذَا عَتَقَ فَاحْتَاجَ سَرَقَ أَوْ فَسَقَ أَوْ قَطَعَ الطَّرِيقَ ، أَوْ جَارِيَةً يُخَافُ عَلَيْهَا الزَّنى وَالْفَسَادُ ، كُرِهَ إِعْتَاقُهُ ، فَإِنْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ إِفْضَاؤُهُ إِلَى هَذَا كَانَ مُحَرَّمًا ؛ لِأَنَّ التَّوَسُّلَ إِلَى الْحَرَامِ حَرَامٌ . فَإِنْ أَعْتَقَهُ صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقُ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، فَصَحَّ ، كَعِتْقِ غَيْرِهِ .

وَيَمْلِكُهُ بَعْدَ النِّكَاحِ ، وَجَعَلَ الْعِتْقَ عَوَضًا عَنْهُ ، فَانْعَقَدَا فِي آتٍ وَاحِدٍ . وَيَأْتِي بَعْضُ ذَلِكَ فِي هَذَا الْبَابِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي سَنَةً^(١) الثَّلَاثَةَ ، قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » : يَصِحُّ الْعِتْقُ مِمَّنْ تَصَحُّ وَصِيَّتُهُ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَإِنْ لَمْ يُلْغَ . نَصَّرَ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَعَنْهُ ، بَلْ وَهَبَتْهُ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : يَصِحُّ عِتْقُ مَنْ يَصِحُّ بَيْعُهُ . قَالَ النَّازِمُ : وَلَا يَصِحُّ إِلَّا مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ فِي الْمُؤَكَّدِ . وَقَدْ هَذَا فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَصِحُّ عِتْقُ الْمُرْتَدِّ . وَقَطَعَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، أَنَّهُ لَا عِتْقَ لِمُمَيِّزٍ . وَقَالَ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ : لَا يَصِحُّ عِتْقُ الصَّغِيرِ بِغَيْرِ خِلَافٍ ، مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ . وَأُثْبِتَ غَيْرُ وَاحِدٍ الْخِلَافَ ، فَقَالَ فِي « الْإِرْشَادِ » ، وَ « الْمُبْهَجِ » ، وَ « التَّرْغِيبِ » : فِي عِتْقِ ابْنِ عَشْرٍ ، وَابْنَةِ تِسْعٍ ، رِوَايَتَانِ . وَقَالَ فِي « الْمُؤَجَّزِ » : وَفِي صِحَّةِ عِتْقِ الْمُمَيِّزِ رِوَايَتَانِ . وَقَالَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَالْمُصَنِّفُ فِي بَابِ الْحَجَرِ ، وَغَيْرُهُمْ : فِي صِحَّةِ عِتْقِ السَّفِيهِ رِوَايَتَانِ . وَقَدْ هَذَا فِي « التَّبَصُّرَةِ » ، صِحَّةٌ

(١) يَأْتِي فِي صَفْحَةِ ٩٩ .

المقنع وَيَحْصُلُ الْعِتْقُ بِالْقَوْلِ وَالْمِلْكِ ؛ فَأَمَّا الْقَوْلُ فَصَرِيحُهُ لَفْظُ الْعِتْقِ

الشرح الكبير [٢/٦ و] ٢٩١١ - مسألة : (وَيَحْصُلُ الْعِتْقُ بِالْقَوْلِ وَالْمِلْكِ) ولا يَحْصُلُ بِالنِّيةِ الْمُجَرَّدَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ ، فَلَا يَحْصُلُ بِالنِّيةِ الْمُجَرَّدَةِ ،

الإِنصاف عِتْقِ الْمُمَيِّزِ ، وَالسَّفِيهِ ، وَالْمُفْلِسِ . وقال في « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : قال الإمام أحمدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : يَصِحُّ عِتْقُهُ . انتهى . ونقل أبو طَالِبٍ ، وأبو الْحَارِثِ ، وابنُ مُشَيْشٍ ، صَحَّةَ عِتْقِهِ . وإذا قلنا بِصَحَّةِ عِتْقِهِ ، فَضَبَطَهُ طَائِفَةٌ بِعَقْلِهِ الْعِتْقَ . وقاله الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، في رِوَايَةِ ابْنِهِ ^(١) صَالِحٍ ، وَأَبِي الْحَارِثِ ، وابنِ مُشَيْشٍ . وَضَبَطَهُ طَائِفَةٌ بَعْشَرٍ فِي الْعُلَامِ ، وَبِتَسَعٍ فِي الْجَارِيَةِ ، كما ذَكَرْنَاهُ عَنْ صَاحِبِ « الْمُبْتَهَجِ » ، و « التَّرْغِيبِ » . وقال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، في رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، فِي الْعُلَامِ الَّذِي لَمْ يَحْتَلِمِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ : إِذَا عَقَلَ الطَّلَاقَ ، جَازَ طَلَاقُهُ ، مَا بَيْنَ عَشْرِ سِنِينَ إِلَى ثِنْتَيْ عَشْرَةِ سَنَةٍ ، وَكَذَلِكَ إِذَا أُعْتِقَ ، جَازَ عِتْقُهُ . انتهى . وَمِمَّنْ اخْتَارَ مِنَ الْأَصْحَابِ صَحَّةَ عِتْقِهِ ، أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ ، ذَكَرَهُ فِي آخِرِ كِتَابِ الْمُدَبِّرِ مِنَ الْخِلَافِ ، فَقَالَ : وَتَدْبِيرُ الْعُلَامِ إِذَا كَانَ لَهُ عَشْرُ سِنِينَ ، صَحِيحٌ ، وَكَذَلِكَ عِتْقُهُ ، وَطَلَاقُهُ . انتهى . وَتَقَدَّمَ بَعْضُ ذَلِكَ فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَبَابِ الْحَجْرِ ^(٢) .

تنبيه : ظاهرُ قوله : فَأَمَّا الْقَوْلُ فَصَرِيحُهُ لَفْظُ الْعِتْقِ وَالْحُرِّيَّةِ كَيْفَ صُرِّفَا . أَنَّ الْعِتْقَ يَحْصُلُ بِذَلِكَ وَلَوْ تَجَرَّدَ عَنِ النِّيَّةِ . وهو صحيحٌ . وهو المذهبُ ، وعليه الْأَصْحَابُ . وعنه ، تُعْتَبَرُ النِّيَّةُ مَعَ الْقَوْلِ الصَّرِيحِ . قال في « الْفَائِقِ » : قُلْتُ : نِيَّةُ قَصْدِ الْفِعْلِ مُعْتَبَرَةٌ ، تَحَرُّزًا [١٣٨/٣ ط] مِنَ النَّائِمِ وَنَحْوِهِ ، وَلَا تُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْعِبَادَةِ ^(٣)

(١) زيادة من : أ .

(٢) تقدم في ٢١/١١ ، وفي ٣٩٥/١٣ .

(٣) في ط : « النفاذ » .

الشرح الكبير

كالطَّلَاقِ . وَالْفَاضِلُ تَنْقَسِمُ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ ؛ فَالصَّرِيحُ (لَفْظُ الْعِتْقِ وَالْحُرِّيَّةِ ، كَيْفَ صُرْفًا) نَحْوُ : أَنْتَ حُرٌّ - أَوْ - مُحَرَّرٌ - أَوْ - عَتِيقٌ - أَوْ - مُعْتَقٌ - أَوْ - أَعْتَقْتُكَ . لِأَنَّ هَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ وَرَدَا فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، وَهُمَا يُسْتَعْمَلَانِ فِي الْعِتْقِ عُرْفًا ، فَمَتَى أَتَى بِشَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ حَصَلَ بِهِ الْعِتْقُ ، سَوَاءً نَوَاهُ أَوْ لَمْ يَنْوَهُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ لَقِيَ امْرَأَةً فِي الطَّرِيقِ ، فَقَالَ : تَنْحَى يَا حُرَّةٌ . فَإِذَا هِيَ جَارِيَتُهُ ، قَالَ : قَدْ عَتَقْتُ عَلَيْهِ . وَقَالَ ، فِي رَجُلٍ قَالَ لَخَدَمٍ قِيَامٍ فِي وَلِيْمَةٍ : مُرُّوا ، أَنْتُمْ أَحْرَارٌ . وَ^(١) كَانَتْ

الإنصاف

وَلَا الْقُرْبَةَ ، فَيَقَعُ عِتْقُ الْهَازِلِ . انْتَهَى . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُنُونِ » : الْإِمَامِيَّةُ يَقُولُونَ : لَا يَنْفُذُ إِلَّا إِذَا قَصَدَ بِهِ الْقُرْبَةَ . قَالَ : وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ النَّبَةِ لَوْ قَوَّعَهُ ، فَإِنَّهُمْ جَعَلُوهُ عِبَادَةً . قَالَ : وَهَذَا لَا بَأْسَ بِهِ . انْتَهَى . وَيَحْتَمِلُ عَدَمُ الْعِتْقِ بِالصَّرِيحِ ، إِذَا نَوَى بِهِ غَيْرَهُ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ .

فَائِدَةٌ : لَوْ قَصَدَ غَيْرَ الْعِتْقِ ، كَقَوْلِهِ : عَبْدِي هَذَا حُرٌّ . يَرِيدُ عِفَّتَهُ وَكَرَمَ أَخْلَاقِهِ ، أَوْ يَقُولُ لَهُ : مَا أَنْتَ إِلَّا حُرٌّ . يَرِيدُ بِهِ عَدَمَ طَاعَتِهِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، لَمْ يَعْتَقِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » وَغَيْرِهِ : هُوَ كَالطَّلَاقِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِاللَّفْظِ ، وَالتَّعْلِيقِ ، وَدَعَايَ صَرْفِ اللَّفْظِ عَنْ صَرِيحِهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَخْتَلِفُ حُكْمُهُمَا فِي اللَّفْظِ وَالنَّبَةِ . وَجَزَمَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ . وَعَلَى الْأَوَّلِ ، لَوْ أَرَادَ الْعَبْدُ إِخْلَافَهُ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ . نَصَّ عَلَيْهِ .

تَنْبِيْهُ : قَوْلُهُ : صَرِيحُهُ لَفْظُ الْعِتْقِ وَالْحُرِّيَّةِ كَيْفَ صُرْفًا . لَيْسَ عَلَى إِطْلَاقِهِ ، فَإِنَّ

(١) فِي م : « أَوْ » .

مَعَهُمْ أُمٌّ وَلَدِهِ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا ، قَالَ : هَذَا عِنْدِي تَعْتِقُ أُمٌّ وَلَدِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَعْتِقَ فِي هَذَيْنِ الْمَوْضِعَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ بِاللَّفْظَةِ الْأُولَى غَيْرَ الْعِتْقِ ، فَلَمْ تَعْتِقْ بِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : عَبْدِي حُرٌّ . يُرِيدُ أَنَّهُ عَفِيفٌ كَرِيمٌ الْأَخْلَاقِ ، وَبِاللَّفْظَةِ الثَّانِيَةِ أَرَادَ غَيْرَ أُمٍّ وَلَدِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ نَادَى امْرَأَةً مِنْ نِسَائِهِ ، فَأَجَابَتْهُ غَيْرُهَا ، فَقَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ . يَظُنُّهَا الْمُنَادَاةَ ، فَإِنَّهَا لَا تَطْلُقُ ، فِي رِوَايَةٍ ، فَكَذَا هُنَا . وَأَمَّا إِنْ قَصَدَ غَيْرَ الْعِتْقِ ، كَالرَّجُلِ يَقُولُ : عَبْدِي هَذَا حُرٌّ . يُرِيدُ عِفَّتَهُ وَكَرَمَ أَخْلَاقِهِ . أَوْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ : مَا أَنْتَ إِلَّا حُرٌّ . أَيْ : إِنَّكَ لَا تُطِيعُنِي ، وَلَا تَرَى لِي عَلَيْكَ ^(١) حَقًّا وَلَا طَاعَةً . فَلَا يَعْتِقُ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . قَالَ حَنْبَلٌ : سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِعُلَامِيهِ : أَنْتَ حُرٌّ . وَهُوَ يُعَابِتُهُ ، قَالَ : إِذَا كَانَ لَا يُرِيدُ بِهِ الْعِتْقَ ، يَقُولُ : كَأَنَّكَ حُرٌّ . وَلَا يُرِيدُ أَنْ يَكُونَ حُرًّا ، أَوْ كَلَامًا شَبَهَ هَذَا ، رَجَوْتُ أَنْ لَا يَعْتِقَ ، وَأَنَا أَهَابُ الْمَسْأَلَةَ ؛ لِأَنَّهُ نَوَى بِكَلَامِهِ مَا يَحْتَمِلُهُ فَانْصَرَفَ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ نَوَى بِكِنَايَةِ ^(٢) الْعِتْقِ الْعِتْقَ . قَالَ : وَإِنْ طُلِبَ اسْتِحْلَافُهُ ، حَلَفَ . وَبَيَّانُ

الْأَلْفَاظِ الْمُتَصَرِّفَةِ مِنْهُ خَمْسَةٌ ؛ مَاضٍ ، وَمُضَارِعٌ ، وَأَمْرٌ ، وَاسْمٌ فَاعِلٍ ، وَاسْمٌ مَفْعُولٍ ، وَالْمُسْتَقُّ مِنْهُ ؛ وَهُوَ الْمَصْدَرُ . فَهَذِهِ سِتَّةُ أَلْفَاظٍ ، وَالْحَالُ أَنَّ الْحُكْمَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْمُضَارِعِ . وَلَا بِالْأَمْرِ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ وَعَدٌّ ، وَالثَّانِي لَا يَصْلُحُ لِلْإِنْشَاءِ ، وَلَا هُوَ خَبَرٌ ، فَيَكُونُ لَفْظُ الْمُصَنَّفِ عَامًّا أُرِيدَ بِهِ الْخُصُوصُ . وَقَدْ ذَكَرَ مِثْلَ هَذِهِ الْعِبَارَةِ فِي بَابِ التَّنْذِيرِ ، وَصَرِيحِ الطَّلَاقِ . وَكَذَا ذَكَرَ غَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَمُرَادُهُمْ مَا قُلْنَاهُ .

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « بكنايته » .

وَ كِنَايَتُهُ : خَلَّيْتُكَ ، وَالْحَقُّ بِأَهْلِكَ ، وَاذْهَبْ حَيْثُ شِئْتَ ، وَنَحْوُهَا .
وَفِي قَوْلِهِ : لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا مِلْكَ لِي

الشرح الكبير

احْتِمَالِ اللَّفْظِ لِمَا أَرَادَهُ ، أَنَّ الْمَرْأَةَ الْحُرَّةَ^(١) تُمَدَّحُ بِهَذَا ، يُقَالُ : امْرَأَةٌ
حُرَّةٌ . يَعْنُونَ عَفِيفَةً . وَتُمَدَّحُ الْمَمْلُوكَةُ بِهِ أَيْضًا ، وَيُقَالُ : لِلْحَيِّ الْكَرِيمِ
الْأَخْلَاقِ : حُرٌّ . قَالَتْ سُبَيْعَةُ^(٢) تَرَثْنِي عَبْدَ الْمُطَّلِبِ :

وَلَا تَسْأَمَا أَنْ تَبْكِيَا كُلَّ لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ عَلَى حُرِّ كَرِيمِ الشَّمَائِلِ
وَأَمَّا الْكِنَايَةُ فَنَحْوُ قَوْلِهِ : (خَلَّيْتُكَ ، وَالْحَقُّ بِأَهْلِكَ ، وَاذْهَبْ حَيْثُ
شِئْتَ . وَنَحْوُهَا) . وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ : حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ . فَهَذَا إِنْ نَوَى
بِهِ الْعِتْقَ عَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ ، وَلَمْ يَرِدْ بِهِ كِتَابٌ
وَلَا سُنَّةٌ وَلَا عُرْفٌ اسْتِعْمَالٍ .

(وَفِي قَوْلِهِ : لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ،^(٣) وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ^(٣) ،

الإنصاف

قَوْلُهُ : وَفِي قَوْلِهِ : لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا مِلْكَ لِي
عَلَيْكَ ، وَلَا رِقًّا لِي عَلَيْكَ ، وَفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ ، وَأَنْتَ مَوْلَايَ ، وَأَنْتَ لِلَّهِ ، وَأَنْتَ
سَائِبَةٌ . رَوَاتَانِ . وَكَذَا : لَا خِدْمَةَ لِي عَلَيْكَ . وَ : مَلِكُكَ نَفْسُكَ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
«مَسْبُوكِ الذَّهَبِ» ، وَ «الْكَافِي» ، وَ «الْهَادِي» ، وَ «الْمُحَرَّرِ» ، وَ «الْبُلْغَةِ» ،

(١) سقط من : م .

(٢) لعلها سبيعة بنت عبد شمس بن عبد مناف . انظر ترجمتها في : أعلام النساء لكحالة ١٤٨/٢ . وبعض خبرها
في الأغاني ٦٨/٢٢ ، ٦٩ ، ٧٣ .

(٣) - ٣) سقط من : م .

عَلَيْكَ، وَلَا رِقَّ لِي عَلَيْكَ، وَفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ، وَأَنْتَ مَوْلَايَ، وَأَنْتَ
لِلَّهِ، وَأَنْتَ سَائِبَةٌ. رِوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، أَنَّهُ صَرِيحٌ. وَالْأُخْرَى، كِنَايَةٌ..

وَلَا مِلْكٌ لِي عَلَيْكَ، وَلَا رِقٌّ لِي عَلَيْكَ، وَفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ، وَأَنْتَ
مَوْلَايَ، وَأَنْتَ لِلَّهِ، وَأَنْتَ سَائِبَةٌ. رِوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، أَنَّهُ صَرِيحٌ.
وَالْأُخْرَى، كِنَايَةٌ. ذَكَرَ الْقَاضِي، وَأَبُو الْخَطَّابِ، فِي قَوْلِهِ: لَا سَبِيلَ
لِي عَلَيْكَ، وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ. رِوَايَتَيْنِ؛ إِحْدَاهُمَا، أَنَّهُ صَرِيحٌ.
وَالْأُخْرَى، كِنَايَةٌ. قَالَ شَيْخُنَا^(١): وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ كِنَايَةٌ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ.
فَأَمَّا قَوْلُهُ: لَا مِلْكٌ لِي عَلَيْكَ، وَلَا رِقٌّ لِي عَلَيْكَ، وَأَنْتَ لِلَّهِ. فَقَالَ
الْقَاضِي: هُوَ صَرِيحٌ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ. [٢/٦ ظ] وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ
رِوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْعِتْقِ. وَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَعْتَقُ بِهِ إِذَا
نَوَى، وَمِمَّنْ قَالَ: يَعْتَقُ بِقَوْلِهِ: أَنْتَ لِلَّهِ. إِذَا نَوَى؛ الشَّعْبِيُّ، وَالْمُسَيْبُ

و «الْفُرُوع». وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الشَّرْحِ»، فِي قَوْلِهِ: فَكَكْتُ رَقَبَتَكَ، وَأَنْتَ
سَائِبَةٌ، وَأَنْتَ مَوْلَايَ، وَمَلَكْتُكَ رَقَبَتَكَ. إِحْدَاهُمَا، صَرِيحٌ. صَحَّحَهُ فِي
«التَّصْحِيحِ»، وَ«تَصْحِيحِ الْمُحَرَّرِ». وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ». قَالَ ابْنُ
رَزِينَ: وَفِيهِ بُعْدٌ. وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ، كِنَايَةٌ. صَحَّحَهُ فِي «الْهِدَايَةِ»،
و «الْمُذْهَبِ»، وَ «الْمُسْتَوْعِبِ»، وَ «النَّظْمِ»، وَ «الْحَاوِي الصَّغِيرِ». وَ
وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْمُنَوَّرِ»، وَ «مُنْتَحَبِ الْأَدْمِيِّ»، وَ «تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍّ». وَ
وَقَدَّمَهُ فِي «الْخُلَاصَةِ»، وَ «الرُّعَايَتَيْنِ»، وَ «إِذْرَاكِ الْغَايَةِ». وَصَحَّحَهُ ابْنُ
رَزِينَ فِي «شَرْحِهِ»، وَقَدَّمَهُ. وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ، أَنَّ قَوْلَهُ: لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ،

(١) فِي: الْمَغْنَى ٣٤٦/١٤.

الشرح الكبير

ابن رافعٍ ، وَحَمَادٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَعْتَقُ بِهِ ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَاهُ : أَنْتَ عَبْدُ اللَّهِ ، أَوْ مَخْلُوقُ اللَّهِ . وَهَذَا لَا يَقْتَضِي الْعِتْقَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَحْتَمِلُ : أَنْتَ حُرٌّ لِلَّهِ ، أَوْ عَتِيقُ اللَّهِ ، أَوْ عَبْدُ اللَّهِ وَحْدَهُ . لَسْتَ بَعْدُ لِي وَلَا لِأَحَدٍ سِوَى اللَّهِ . فَإِذَا نَوَى الْحُرِّيَّةَ بِهِ ^(١) ، وَقَعْتَ ، كَسَائِرِ الْكِنَايَاتِ . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَهُ لِمَا ذَكَرُوهُ لَا يَمْنَعُ احْتِمَالَهُ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ الْكِنَايَاتِ ، فَإِنَّهَا تَحْتَمِلُ الْعِتْقَ وَغَيْرَهُ ، وَلَوْ لَمْ تَحْتَمِلْ إِلَّا الْعِتْقَ لَكَانَتْ صَرِيحَةً فِيهِ ، وَمَا احْتَمَلَ أَمْرَيْنِ أَنْصَرَفَ إِلَى أَحَدِهِمَا بِالنِّيَّةِ ، وَهَذَا شَأْنُ الْكِنَايَاتِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْاحْتِمَالِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِصَرِيحٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ كِنَايَةٌ . وَقَوْلُهُ : لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا رِقٌّ لِي عَلَيْكَ . خَبَرٌ عَنْ انْتِفَاءِ مِلْكِهِ وَرِقِّهِ ^(٢) ، لَمْ يَرُدْ بِهِ شَرْعٌ ، وَلَا عُرْفٌ اسْتِعْمَالٍ فِي الْعِتْقِ ، فَلَمْ يَكُنْ صَرِيحًا فِيهِ ، كَقَوْلِهِ : مَا أَنْتَ عَبْدِي وَلَا مَمْلُوكِي . وَقَوْلُهُ لَا مِرَاتَهُ : مَا أَنْتَ امْرَأَتِي وَلَا زَوْجَتِي .

الإنصاف

وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ . كِنَايَةٌ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي قَوْلِهِ : لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا رِقٌّ لِي عَلَيْكَ ، وَأَنْتَ لِلَّهِ . صَرِيحٌ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَقَالَ : وَمِنْ الْكِنَايَةِ قَوْلُهُ : لَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، وَفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ ، وَمَلَكْتُكَ نَفْسَكَ ، وَأَنْتَ مَوْلَايَ ، وَسَائِبَةٌ . فِي أَصْحَ الرُّوَايَتَيْنِ . وَقَطَعَ فِي « الْإِيضَاحِ » أَنَّ قَوْلَهُ : لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ ، وَأَنْتَ لِلَّهِ . كِنَايَةٌ . وَقَالَ : اخْتَلَفَتِ الرُّوَايَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَلْفَاظٍ ؛ وَهِيَ : لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا سُلْطَانَ ، وَأَنْتَ سَائِبَةٌ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

المقنع وفى قوله لِأَمَّتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ . أَوْ : أَنْتِ حَرَامٌ . رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ كِنَايَةٌ . وَالْأُخْرَى ، لَا تَعْتَقُ بِهِ وَإِنْ نَوَى .

الشرح الكبير وفى قوله : فَكَكْتُ رَقَبَتَكَ ، وَأَنْتَ سَائِبَةٌ ، وَأَنْتَ مَوْلَاى ، « وَمَلَكَتْ رَقَبَتَكَ »^(١) . رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ صَرِيحٌ فِي الْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُهُ ، وَقَدْ جَاءَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَكُ رَقَبَةً ﴾ . يَعْنِي الْعِتْقَ ، فَكَانَتْ صَرِيحَةً ، كَقَوْلِهِ : أَعْتَقْتُكَ . وَالثَّانِيَةِ ، هِيَ كِنَايَةٌ ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ غَيْرَ الْعِتْقِ .

٢٩١٢ - مسألة : (وفى قوله لِأَمَّتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ، وَأَنْتِ حَرَامٌ . رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هِيَ كِنَايَةٌ . وَالْأُخْرَى ، لَا تَعْتَقُ بِهِ^(٢) وَإِنْ نَوَى) إِذَا قَالَ لِأَمَّتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ . يَنْوِي بِهِ الْعِتْقَ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَعْتَقُ بِهِ^(٣) . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَفْظٌ وَضِعَ لِإِزَالَةِ الْمِلْكِ عَنِ الْمَنْفَعَةِ^(٤) ، فَلَمْ يَزُلْ بِهِ الْمِلْكُ عَنِ الرَّقَبَةِ ، كَفَسْخِ الْإِجَارَةِ ، وَلِأَنَّ

الإِنصاف وقال ابنُ البَنَّا فِي « خِصَالِهِ » : قَوْلُهُ : لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا رِقًّا لِي ، وَأَنْتَ اللَّهُ . صَرِيحٌ . وَقَالَ : اخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَلْفَاظٍ . وَهِيَ الَّتِي ذَكَرَهَا فِي « الْإِيضَاحِ » . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْوَاضِحِ » ، أَنَّ قَوْلَهُ : وَهَبْتُكَ لِلَّهِ . صَرِيحٌ . وَسَوَى الْقَاضِي وَغَيْرُهُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ قَوْلِهِ : أَنْتَ اللَّهُ . وَقَالَ فِي « الْمُوجَزِ » : هِيَ وَقَوْلُهُ : رَفَعْتُ يَدِي عَنْكَ إِلَى اللَّهِ . كِنَايَةٌ .

قوله : وفى قوله لِأَمَّتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ . أَوْ : أَنْتِ حَرَامٌ . رَوَايَتَانِ . وَأُطْلِقُهُمَا فِي

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) زيادة من : الأصل .

(٣) في الأصل : « المعتقة » .

مِلْكُ الرَّقَبَةِ لَا يُسْتَدْرَكُ بِالرَّجْعَةِ ، فَلَا يَنْحَلُّ بِالطَّلَاقِ^(١) ، كَسَائِرِ الْأَمْلاكِ . وَالثَّانِيَةُ ، هُوَ كِنَايَةٌ تَعْتَقُ بِهِ إِذَا نَوَاهُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الرَّقَّ أَحَدُ الْمِلَكَيْنِ عَلَى الْآدَمِيِّ ، فَيَزُولُ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ ، كَالْآخَرِ ، أَوْ يَكُونُ اللَّفْظُ الْمَوْضُوعُ لِإِزَالَةِ أَحَدِهِمَا كِنَايَةً فِي إِزَالَةِ الْآخَرِ ، كَالْحُرِّيَّةِ فِي إِزَالَةِ النِّكَاحِ ، وَلِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْإِطْلَاقِ ، فَإِذَا نَوَى بِهِ إِطْلَاقَهَا مِنْ مِلْكِهِ ، فَقَدْ نَوَى بِلَفْظِهِ مَا يَحْتَمِلُهُ ، فَتَحْصُلُ بِهِ الْحُرِّيَّةُ ، كَسَائِرِ كِنَايَاتِ الْعِتْقِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ لِأَمْتِهِ : أَنْتِ حَرَامٌ عَلَيَّ^(٢) . يَنْوِي بِهِ الْعِتْقَ ، عَتَقَتْ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ فِيهَا رِوَايَةً أُخْرَى ، لَا تَعْتَقُ ، كَقَوْلِهِ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا تَعْتَقُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّكَ حَرَامٌ عَلَيَّ ؛ لَكَوْنِكَ حُرَّةً . فَتَعْتَقُ بِهِ ، كَقَوْلِهِ : لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ .

« الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْبُلْغَةِ » وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، كِنَايَةٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجيزِ » ، وَ « نَظْمِهِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « تَذْكِرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « إِدْرَاكِ الْغَايَةِ » . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي قَوْلِهِ : أَنْتِ حَرَامٌ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ لَعَنَ . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي قَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ . وَصَحَّحَ

(١) سقط من : م .

وَأِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ ، وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ : أَنْتَ ابْنِي . لَمْ يَعْتِقْ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتِقَ .

٢٩١٣ - مسألة : (وإن قال لِعَبْدِهِ ، وهو أَكْبَرُ مِنْهُ : أَنْتَ ابْنِي . لم يَعْتِقْ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتِقَ) إذا قال لِأَكْبَرٍ مِنْهُ أَوْ لِمَنْ لَا يُؤَلِّدُ لِمِثْلِهِ : هَذَا ابْنِي . مثل أن يقول مَنْ لَهُ عِشْرُونَ سَنَةً لِمَنْ لَهُ خَمْسَةٌ عَشْرَةَ سَنَةً : هَذَا ابْنِي . لم يَعْتِقْ ، [٣/٦] ولم يَثْبُتْ نَسَبُهُ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتِقُ . وَخَرَّجَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا لَنَا ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِمَا تَثْبُتُ بِهِ حُرِّيَّتُهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَقَرَّ بِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَوْلٌ يَتَحَقَّقُ كَذِبُهُ فِيهِ ، فَلَمْ تَثْبُتِ الْحُرِّيَّةُ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِطِفْلٍ : هَذَا ابْنِي . أَوْ لِطِفْلَةٍ : هَذِهِ أُمِّي . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : هَذَا مِنْ قَوْلِ النُّعْمَانِ شَاذٌ لَمْ يَسْبِقْهُ ^(١) أَحَدٌ إِلَيْهِ وَلَا تَبِعَهُ أَحَدٌ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مُحَالٌّ مِنَ الْكَلَامِ وَكَذِبٌ يَقِينًا ، وَلَوْ جازَ هَذَا لَجَازَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِطِفْلٍ : هَذَا ابْنِي . وَلِأَنَّهُ لَوْ قَالَ لِرِجُلٍ ، وَهِيَ أَسْنُ مِنْهُ : هَذِهِ ابْنَتِي . أَوْ قَالَ لَهَا ، ^(٢) « وَهِيَ أَسْنُ مِنْهَا » : هَذِهِ أُمِّي . لم تَطْلُقْ . كَذَا هَذَا .

المُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، أَنَّهُ كِنَايَةٌ ، فِي قَوْلِهِ : أَنْتَ حَرَامٌ . وَأُطْلِقَ الرَّوَايَتَيْنِ فِي قَوْلِهِ : أَنْتَ طَالِقٌ . وَقَالَ فِي « الْإِنْصَارِ » : حُكْمُ قَوْلِهِ لَهَا : اعْتَدَى . حُكْمُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، وَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ مِثْلَهُ فِي لَفْظِ الظَّهَارِ .

قوله : وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ ، وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ : أَنْتَ ابْنِي . لم يَعْتِقْ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لم يَعْتِقْ فِي الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَسْتَقِرُّ » .

(٢-٢) فِي م : « وَهِيَ أَسْنُ مِنْهُ » .

وقدّمه في « المُحرَّر » ، و « النَّظْم » ، و « الرَّعَايَتَيْن » ، و « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْح » ، ونَصْرَاه . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ . وهو تخريجُ وَجْهِ لَأَبَى الْخَطَّابِ . قال أبو [١٣٩/٣] الْخَطَّابِ ، وَتَبِعَهُ فِي « الْحَاوِي الصَّغِير » : لَا نَصَّ فِيهَا ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ قَالَ : لَا يَعْتَقُ . وقال أبو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ .

تنبيه : قَوْلُهُ : وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ ، وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ . قال ذلك الْمُصَنِّفُ عَلَى سَبِيلِ ضَرْبِ الْمِثَالِ ، وَإِلَّا فَحَيْثُ قَالَ ذَلِكَ لِمَنْ لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ دَاخِلٌ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَإِذَا أُمَكِّنَ كَوْنُهُ مِنْهُ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لِلْعَبْدِ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ أَوْ لَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ أَيْضًا ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ وَطِئًا بِشُبْهَةٍ . وقدّمه في « الْفُرُوع » . وقاله الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، وابْنُهُ أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَالْأَمْدِيُّ . وقيل : لَا يَعْتَقُ ؛ لَكَذِبِهِ شَرْعًا . وهو اِحْتِمَالٌ فِي « اِنْتِصَارِ أَبِي الْخَطَّابِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحرَّر » ، و « النَّظْم » ، و « الرَّعَايَتَيْن » ، و « الْحَاوِي الصَّغِير » ، و « الْفَائِق » .

تنبيه : قال ابنُ رَجَبٍ ، وَتَبِعَهُ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّة » : هَذَا جَمِيعُهُ مَعَ إِطْلَاقِ اللَّفْظِ ، أَمَّا إِنْ نَوَى بِهَذَا اللَّفْظِ الْحُرِّيَّةَ ، فَيَنْبَغِي عِتْقُهُ بِهَذِهِ النِّيَّةِ مَعَ هَذَا اللَّفْظِ . قال ابنُ رَجَبٍ : ثُمَّ رَأَيْتُ أَبَا حَكِيمٍ وَجَّهَ الْقَوْلَ بِالْعِتْقِ ، وَقَالَ : لَجَوَازِ كَوْنِهِ كِنَايَةً فِي الْعِتْقِ .

فائدة : لو قال لأَصْغَرَ مِنْهُ : أَنْتَ أَبِي . فَالْحُكْمُ كَمَا لو قال لِأكْبَرَ مِنْهُ : أَنْتَ ابْنِي . قاله في « الْفُرُوع » ، و « الْفَائِق » ، وَقَاسَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْن » عَلَى الْأَوَّلِ مِنْ عِنْدِهِ .

المقنع وَإِذَا أُعْتِقَ حَامِلًا عَتَقَ جَنِينُهَا ، إِلَّا أَنْ يَسْتَشْنِيَهُ .

الشرح الكبير

٢٩١٤ - مسألة : (وَإِنْ أُعْتِقَ حَامِلًا عَتَقَ جَنِينُهَا ، إِلَّا أَنْ يَسْتَشْنِيَهُ)
لأنَّه يَتَّبِعُهَا فِي الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ ، فَفِي الْعِتْقِ أَوَّلَى . فَإِنْ اسْتَشْنَاهُ لَمْ يَعْتَقْ .
(رَوَى ذَلِكَ) عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَابْنَ
الْمُنْذِرِ . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ : لَهُ مَا اسْتَشْنَى . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ : إِذَا
اسْتَشْنَى مَا فِي بَطْنِهَا فَلَهُ ثَنِيَاهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ
الْجَنِينِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الثَّنِيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ^(١) . وَقِيَّاسًا عَلَى
اسْتِثْنَائِهِ فِي الْبَيْعِ ، أَشْبَهَ بَعْضُ أَعْضَائِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ ، وَأَبِي
هُرَيْرَةَ . قَالَ أَحْمَدُ : أَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ فِي الْعِتْقِ ، وَلَا أَذْهَبُ
إِلَيْهِ فِي الْبَيْعِ . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٢) .

الإنصاف

فَائِدَةٌ أُخْرَى : لَوْ قَالَ : أُعْتَقْتُكَ - أَوْ : أَنْتَ حُرٌّ - مِنْ أَلْفِ سَنَةٍ . لَمْ يَعْتَقْ .
وَقَالَ فِي « الْإِنْصَافِ » : وَلَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ : أَنْتِ ابْنَتِي . أَوْ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ بَنَتِي . لَمْ
يَعْتَقْ .

فَائِدَةٌ : لَوْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ ، وَهِيَ أَكْبَرُ مِنْهُ : هَذِهِ ابْنَتِي . لَمْ تَطْلُقْ بِذَلِكَ ، بَلَا
نِزَاعٍ .

قوله : وَإِنْ أُعْتِقَ حَامِلًا عَتَقَ جَنِينُهَا ، إِلَّا أَنْ يَسْتَشْنِيَهُ ، وَإِنْ أُعْتِقَ مَا فِي بَطْنِهَا

(١-١) فِي الْأَصْلِ : « لَمْ يَرَوْى » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ١١٥/١١ .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ١٤٩/١٠ بِلَفْظِ : « الْمُؤْمِنُونَ » وَالَّذِي فِي مَصَادِرِ التَّحْرِيجِ : « الْمُسْلِمُونَ » . أَمَا لَفْظُ :

« الْمُؤْمِنُونَ » . فَهُوَ عِنْدَ ابْنِ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٥٦٨/٦ . مَرْسَلًا . وَذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ فِي التَّهْمِيدِ ١١٧/٧ .

ولأنه يصح إفراده بالعق، فصَحَّ استِثْناؤه ، كالمُفَصِّلِ . وخبرُهم نقولُ به ، والحملُ معلومٌ ، فصَحَّ استِثْناؤه ؛ للحديث . ويُفارقُ البَيْعُ ؛ لأنه عقدُ معاوضةٍ ، يُعْتَبَرُ فيه العِلْمُ بصفاتِ العَوْضِ ، لِيُعْلَمَ هل قائمٌ مقامُ العَوْضِ أم لا ؟ والعِتْقُ تَبَرُّعٌ لا تَتَوَقَّفُ صِحَّتُهُ على مَعْرِفَةِ صِفَاتِ الْمُعْتَقِ ، ولا تُنافِيهِ الجَهَالَةُ به^(١) ، وَيَكْفِي العِلْمُ بوجُوده ، وقد وُجِدَ ، ولذلك صَحَّ إفرادُ الحملِ بالعِتْقِ ، ولم يَصَحَّ بالبَيْعِ ، ولأنَّ استِثْناؤه في البَيْعِ إذا بَطَلَ بَطَلَ البَيْعُ كُلُّهُ ، وههنا إذا بَطَلَ استِثْناؤه لم يَبْطُلِ العِتْقُ في الأَمَةِ وَيَسْرِي الإعتاقُ إليه ،^(٢) فكيفَ يَصَحُّ إلحاقه به مع تَضادِّ الحُكْمِ فيهما^(٣) ! ولا يَصَحُّ قياسُه على بعضِ أَعْضائِها ؛ لأنه يَصَحُّ انفِرادُه^(٤) بالحرِّيةِ عن أمِّه فيما إذا أَعْتَقَهُ دُونِها ، وفي وَلَدِ المَعْرُورِ بِحرِّيةِ أمِّه ، وفيما إذا وُطِئَ بِشُبْهَةٍ ، وفي وَلَدِ أمِّ الوَلَدِ ، وغيرِ ذلك . ولا يَصَحُّ ذلك في بعضِ أَعْضائِها ، ولأنَّ الوَلَدَ يَرِثُ وَيُورِثُ وَيُوصَى به ، فكيفَ يَصَحُّ قياسُه على

دُونِها ، عِتْقٌ وحده في الحالِ . هذا المذهبُ . نصَّ عليهما^(٥) . وجزَمَ به في «الوجيزِ» ، و «المُعْنَى» ، و «الشَّرْحِ» ، وغيرِهم . وقَدَّمَهُ في «المُحَرَّرِ» ، و «النَّظْمِ» ، و «الرَّعَايَتَيْنِ» و «الحَاوِي الصَّغِيرِ» ، و «الفُرُوعِ» ، وغيرِهم . والقَوْلُ بِعِتْقِ جَنِينِها معها إِلَّا أَنْ يَسْتُثْنِيَهُ ، مِنْ مُفْرَدَاتِ المذهبِ .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « فيها » .

(٤) في ا : « عليه » .

المقنع وَإِنْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا دُونَهَا ، عَتَقَ وَحْدَهُ .

الشرح الكبير

بعض الأعضاء ؟ وروى الأثرم عن ابن عُمر ، أَنَّهُ أَعْتَقَ أَمَةً وَأَسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا^(١) . وَلَئِنْهَا ذَاتُ حَمْلٍ ، فَصَحَّ اسْتِثْنَاءُ حَمْلِهَا ، كَمَا لَوْ بَاعَ نَخْلَةً لَمْ تُؤَبَّرْ وَاشْتَرَطَ ثَمَرَتَهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يُخْرَجُ عَلَى الرَّوَّائِثَيْنِ فِيمَا إِذَا اسْتَنْتَى ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْهُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَنَّهُ يَصَحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ فِي الْعِتْقِ ، وَلَا يَصَحُّ فِي الْبَيْعِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا^(٢) مِنَ الْفَرْقِ^(٣) بَيْنَهُمَا .

٢٩١٥ - مسألة : (وَإِنْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا دُونَهَا ، عَتَقَ وَحْدَهُ) لَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا . وَهُوَ قَوْلُ سَفِيَّانَ ، وَأَحْمَدَ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْإِنْسَانِ الْمُنْفَرِدِ ، وَلِهَذَا يُورَثُ الْجَنِينُ إِذَا ضُرِبَ بَطْنُ امْرَأَةٍ فَأَسْقَطَتْ جَنِينًا ، وَجَبَ فِيهِ غُرَّةٌ [٣/٦ ظ] مَوْرُوثَةٌ عَنْهُ ، كَأَنَّهُ سَقَطَ حَيًّا ، وَتَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ وَلَهُ ، وَيَرِثُ إِذَا مَاتَ مَوْرُوثُهُ قَبْلَ أَنْ يُوَلَّدَ ثُمَّ وُلِدَ بَعْدَهُ ، فَصَحَّ عِتْقُهُ ، كَالْمُنْفَصِلِ .

الإِنصاف

وقيل : لَا يَعْتِقُ الْحَمْلُ فِيهِمَا حَتَّى تَضَعَهُ حَيًّا ، فَيَكُونُ كَمَنْ عُلِقَ عِتْقُهُ بِشَرَطٍ ، فَيَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ وَضْعِهِ تَبَعًا لِأُمِّهِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، نَصًّا عَلَيْهَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْثَّمَانِينَ » . وَقَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : وَقِيَاسُ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِالْكُلِّيَّةِ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ حَامِلًا ؛ إِذْ هُوَ كَالْمَعْدُومِ قَبْلَ الْوَضْعِ . قَالَ : وَهُوَ بَعِيدٌ جَدًّا . وَتَوَقَّفَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْحَكَمِ ، هَلْ يَكُونُ الْوَلَدُ رَقِيقًا إِذَا اسْتِثْنَاهُ مِنَ

(١) تقدم تخرجه في ١٢٧/١١ .

(٢-٣) في الأصل : « في الفروق » .

فصل : ولا يَصِحُّ الْعِتْقُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، فلا يَصِحُّ عِتْقُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : هذا قولُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ منهم الحسنُ ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وذلك لقولِ النبي ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَلُغَ ، وَعَنْ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ ، وَعَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ »^(١) . ولأنَّ تَبَرُّعَ بِالْمَالِ ، فلم يَصِحَّ منهما^(٢) كَالِهَبَةِ . ولا يَصِحُّ عِتْقُ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِلْسَّفَةِ . وهو قولُ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ . وعنه ، يَصِحُّ ، قِيَاسًا عَلَى طَلَاغِهِ وَتَذْيِيرِهِ . ولنا ، أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ لِحَظِّ نَفْسِهِ ، فلم يَصِحَّ عِتْقُهُ ، كَالصَّبِيِّ ، ولأنَّ تَصَرُّفًا فِي الْمَالِ فِي حَيَاتِهِ ، أَشْبَهَ هَبْتَهُ وَبَيْعَهُ . ويُفَارِقُ الطَّلَاقَ ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ ، وَالطَّلَاقُ لَيْسَ بِتَصَرُّفٍ فِيهِ . ويُفَارِقُ التَّذْيِيرَ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِيهِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَغَنَاهُ عَنْهُ بِالْمَوْتِ ، وَلِهَذَا صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ وَلَمْ تَصِحَّ هَبْتُهُ الْمُنْجَزَةُ . وَعِتْقُ السَّكَرَانِ مَبْنِيٌّ عَلَى طَلَاغِهِ ، وَفِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مَا فِيهِ . وَلَا يَصِحُّ عِتْقُ الْمُكْرَهِ ، كَمَا لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَلَا تَصَرُّفَاتُهُ ، وَلَا يَصِحُّ عِتْقُ الْمُوقُوفِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ لِحَقِّ الْبَطْنِ الثَّانِي مِنْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ .

الْعِتْقُ ؟ وَخَرَجَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ ، عَلَى قِيَاسِ^(٣) الْإِنْصَافِ اسْتِثْنَائِهِ فِي الْبَيْعِ .

(١) تقدم تخرجه في ١٥/٣ .

(٢) سقط من : م .

(٣) زيادة من : أ .

فصل : ولا يَصِحُّ الْعِتْقُ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ بَعِيرٍ إِذْنَهُ ، فلو أُعْتِقَ عَبْدٌ وَلَدَهُ الصَّغِيرَ ، أَوْ يَتِيمَهُ الَّذِي فِي حِجْرِهِ ، لم يَصِحَّ . وهذا قال الشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال مالكٌ : يَصِحُّ عِتْقُ عَبْدٍ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ ؛ لقَوْلُهُ ، عليه الصلاة والسلامُ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » ^(١) . ولأنَّ له عليه ولايةً ، وله فيه حَقٌّ ، فصَحَّ إِعْتَاقُهُ ، كإِله . ولنا ، أَنَّهُ عِتْقٌ مِنْ غَيْرِ مَالِكٍ ، فلم يَصِحَّ ، كإِغْتَاقِ عَبْدٍ وَلَدِهِ الْكَبِيرِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : لَمَّا وَرَّثَ اللَّهُ الْأَبَ مِنْ مَالِ ابْنِهِ السُّدُسَ مع وَلَدِهِ ، دَلَّ على أَنَّهُ لا حَقَّ له في سَائِرِهِ . وقَوْلُهُ ، عليه السلامُ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . لم يُرْذَ به حقيقة المِلْكِ ، وإنما أَرَادَ الْمُبَالَغَةَ في وُجُوبِ حَقِّهِ عَلَيْكَ ، وإمكانِ الْأَخْذِ مِنْ مَالِكَ ، وامْتِنَاعِ مُطَالَبَتِكَ إِيَّاهُ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ ، ولهذا لم يَنْفُذْ إِعْتَاقُهُ لِعَبْدٍ وَلَدَهُ الْكَبِيرِ الَّذِي وَرَدَ الْخَبَرُ فِيهِ ، وثُبُوتُ الْوِلَايَةِ له على مَالٍ وَلَدِهِ أَبْلَغُ في امْتِنَاعِ إِغْتَاقِ عَبْدِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَثْبَتَ الْوِلَايَةَ عَلَيْهِ لِحَظِّ الصَّبِيِّ ؛ لِيَحْفَظَ مَالَهُ عَلَيْهِ ، وَيُنَمِّيَهُ له ،

فائدة : لو أُعْتِقَ أُمَّةٌ حَمَلُهَا لغيرِهِ ، وهو مُوسِرٌ ؛ كالمُوصَى به ، عَتَقَ الْحَمْلُ أَيْضًا وَضَمِنَ قِيَمَتَهُ . ذكره القاضي ، وجَزَمَ به في « الْمُنَوَّرِ » . واختاره القاضي ، والشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وأبو الْخَطَّابِ . قاله في « الْقَوَاعِدِ » . وقَدَّمَهُ في « النَّظْمِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وقيل : لا يَعْتَقُ . جَزَمَ به في « التَّرْغِيبِ » . واختاره في « الْمُحَرَّرِ » ، وصاحبُ « التَّلْخِيسِ » . وقَدَّمَهُ في « الْمُسْتَوْعِبِ » .

(١) تقدم تخريجه في ٩٤/٧ ، وانظر ١٠٦/١٧ .

وَأَمَّا الْمِلْكُ ، فَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عَتَقَ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَغْتَقُ إِلَّا عَمُودًا النَّسَبِ .

الشرح الكبير ويقوم بمصالحة التي يَعْجِزُ الصَّبِيُّ عن القيام بها ، وإذا كان مَقْصُودُ الْوَلَايَةِ الْحِفْظَ اقْتَضَتْ مَنَعَ التَّضْيِيعِ . وَالتَّفْرِيطُ بِإِعْتَاقِ رَقِيقِهِ وَالتَّبَرُّعَ بِمَالِهِ . وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لَعَبْدٍ : أَنْتَ حُرٌّ مِنْ مَالِي . فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ مَمْلُوكُهُ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَعَامَّةُ الْفُقَهَاءِ . وَلَوْ بَلَغَ رَجُلًا أَنَّ رَجُلًا قَالَ لَعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ مِنْ مَالِي . فَقَالَ : قَدْ رَضِيتُ . فَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ .

٢٩١٦ - مسألة : (وَأَمَّا الْمِلْكُ ، فَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عَتَقَ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَغْتَقُ إِلَّا عَمُودًا النَّسَبِ) ذُو [٤/٦] وَ الرَّحِمِ الْمَحْرَمُ : الْقَرِيبُ الَّذِي يَحْرُمُ نِكَاحُهُ عَلَيْهِ ، لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا رَجُلًا وَالْآخَرُ امْرَأَةً ، وَهُمَ الْوَالِدَانِ وَإِنْ عَلَوْا مِنْ قَبْلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ جَمِيعًا ، وَالْوَلَدُ وَإِنْ سَقَلَ مِنْ

الإنصاف قوله : فَأَمَّا الْمِلْكُ ، فَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عَتَقَ عَلَيْهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، لَا يَغْتَقُ إِلَّا عَمُودًا النَّسَبِ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا نَفَقَةَ لغيرِهِمْ . وَقَالَ فِي « الْأَنْبِصَارِ » : لَنَا فِيهِ خِلَافٌ . وَاخْتَارَ الْأَجُرِّيُّ ، لَا نَفَقَةَ لغيرِهِمْ . وَرَجَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ ، لَا عِتْقَ بِالْمِلْكِ . وَعَنْهُ ، إِنْ مَلَكَهَ بَارِثٌ ، لَمْ يَغْتَقُ . وَفِي إِجْبَارِهِ عَلَى عِتْقِهِ رَوَايَتَانِ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَعَنْهُ ، لَا يَغْتَقُ الْحَمْلُ حَتَّى يُوَلَّدَ فِي مِلْكِهِ حَيًّا . فَلَوْ زَوَّجَ ابْنَهُ

وَلَدِ الْبَنِينَ وَالْبَنَاتِ ، وَالْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتُ ، وَأَوْلَادُهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا^(١) ،
وَالْأَعْمَامُ وَالْعَمَّاتُ ، وَالْأَخْوَالُ وَالْخَالَاتُ وَإِنْ عَلَوْا ، دُونَ أَوْلَادِهِمْ ،
فَمَتَى مَلَكَ أَحَدًا مِنْهُمْ عَتَقَ عَلَيْهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَكَمُ ،
وَابْنُ أَبِي لَيْلَى وَالثَّوْرِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ،
وَبَشْرِيكٌ ، وَيَحْيَى بْنُ آدَمَ . وَأَعْتَقَ مَالِكُ الْوَالِدِينَ وَالْمَوْلُودِينَ وَإِنْ بَعَدُوا ،
وَالْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ دُونَ أَوْلَادِهِمْ . وَلَمْ يُعْتَقِ الشَّافِعِيُّ إِلَّا عَمُودِي
النَّسَبِ . وَعَنْ أَحْمَدَ كَذَلِكَ . وَلَمْ يُعْتَقِ دَاوُدُ وَأَهْلُ الظَّاهِرِ أَحَدًا حَتَّى
يُعْتَقَهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدُهُ ، إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا
فِيْشْتَرِيَهُ فَيُعْتَقَهُ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٢) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ سَمُرَةَ
قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ » . رَوَاهُ

بِأُمَةٍ ، فَحَمَلَتْ مِنْهُ فِي حَيَاتِهِ ، ثُمَّ وَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ جَدِّهِ ، فَهَلْ هُوَ مَوْرُوثٌ عَنْهُ أَوْ
حُرٌّ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ . ذَكَرَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
وغيرهم .

فائدة : لو ملك رَحِمًا غيرَ مَحْرَمٍ عليه ، أو ملك مَحْرَمًا بِرَضَاعٍ أو مُصَاهَرَةٍ ،
لم يُعْتَقِ . نصُّ عليه في رواية الجماعة . وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ،
أنه كَرِهَ يَبِيعُ أَخِيهِ مِنَ الرُّضَاعِ ، وقال : يَبِيعُ أَخَاهُ ؟!

(١) بعده في الأصل : « من ولد البنين والبنات » .

(٢) تقدم تخريجه في ٢٨٦/١٤ .

أبو داود، والترمذي^(١). وقال : حديث حسن^(٢). وروى صُمَرَةُ ، عن سفيان ، عن عبد الله بن دينار ، عن ابن عمر ، عن النبي ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ »^(٣). وسئل أحمد عن صُمَرَةَ ، فقال : ثِقَةٌ إِلَّا أَنَّهُ رَوَى حَدِيثَيْنِ^(٤) لَا أَصِلُ لِهَمَا^(٥) ، أَحَدُهُمَا ، هَذَا الْحَدِيثُ^(٦). ولأنَّهُ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فَعَتَّقَ عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ ، كَعُمُودِي النَّسَبِ ، وَكَالْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ عِنْدَ مَالِكٍ . فَأَمَّا قَوْلُهُ : « حَتَّى يَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ » . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ بِشِرَائِهِ ، كَمَا يَقَالُ : ضَرَبَهُ فَقَتَلَهُ . وَالضَّرْبُ هُوَ الْقَتْلُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الشِّرَاءَ لَمَّا كَانَ يَحْصُلُ بِهِ الْعِتْقُ تَارَةً دُونَ أُخْرَى ، جَازَ عَطْفُ صِفَتِهِ عَلَيْهِ ، كَمَا يَقَالُ : ضَرَبَهُ فَأُطَارَ رَأْسُهُ .

وسواءٌ مَلَكَه بِشِرَائِهِ ، أَوْ هِبَةٍ ، أَوْ غَنِيمَةٍ ، أَوْ إِرْثٍ ، أَوْ غَيْرِهِ ، لَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِيهِ خِلَافًا .

فصل : ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوى الأرحام لا يعتقون على سيدهم ، كالأم من الرضاعة ، والأخ منها^(٥) ، والربيبة ، وأم

- (١) أخرجه أبو داود ، في : باب في من ملك ذا رحم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥١/٢ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في من ملك ذا رحم محرم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٢٣/٦ .
كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ .
والإمام أحمد ، في : المسند ١٥/٥ ، ١٨ .
وهو حديث صحيح . انظر إرواء الغليل ١٦٩/٦ - ١٧١ .
(٢-٢) سقط من : ر ، م .
(٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ .
(٤ - ٤) في الأصل : « الأصل لها » .
(٥) في الأصل : « منها » .

وَأِنْ مَلَكَ وَلَدَهُ مِنَ الزَّنى لَمْ يَعْتَقْ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
يَعْتَقَ .

المقنع

الزَّوْجَةِ ، وَابْتِنَاهَا ، إِلَّا أَنَّهُ حُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَشَرِيكِ ،
أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْنُ الْآخَرِ مِنَ الرِّضَاعَةِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ كَرِهَهُ .
وَالأَوَّلُ أَصَحُّ . قَالَ الزُّهْرِيُّ : جَرَتْ السُّنَّةُ بِأَنْ يُبَاعَ الْأَخُ وَالْأُخْتُ مِنَ
الرِّضَاعَةِ . وَلَأَنَّهُمْ لَا نَصَّ فِي عِتْقِهِمْ ، وَلَا هُمْ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ،
فَيُتَّقُونَ عَلَى الْأَصْلِ ، وَلَأَنَّهُمَا لَا رَحِمَ بَيْنَهُمَا وَلَا تَوَارُثَ ، وَلَا تَلَزُمُهُ
نَفَقَتُهُ ، فَأُشْبِهَ الرَّبِيبَةَ وَأُمُّ الزَّوْجَةِ .

الشرح الكبير

٢٩١٧ - مسألة : (وَإِنْ مَلَكَ وَلَدَهُ مِنَ الزَّنى لَمْ يَعْتَقْ) عَلَيْهِ (فِي
ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ) لِأَنَّ أَحْكَامَ الْوَلَدِ غَيْرُ ثَابِتَةٍ فِيهِ - وَهِيَ الْمِيرَاثُ ،
وَالْحَجَبُ ، وَالْمَحْرَمِيَّةُ ، وَوُجُوبُ الْإِنْفَاقِ ، وَثُبُوتُ الْوِلَايَةِ عَلَيْهِ -
(وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ) لِأَنَّهُ جُزْؤُهُ حَقِيقَةٌ ، وَقَدْ ثَبَتَ فِيهِ حُكْمُ تَحْرِيمِ
التَّزْوِيجِ ، وَلِهَذَا لَوْ مَلَكَ وَلَدَهُ الْمُخَالَفَ لَهُ فِي الدِّينِ عَتَقَ عَلَيْهِ مَعَ انْتِفَاءِ
هَذِهِ الْأَحْكَامِ .

قوله : وَإِنْ مَلَكَ وَلَدَهُ مِنَ الزَّنى - يَعْنِي وَإِنْ نَزَلَ - لَمْ يَعْتَقْ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ .
وهو المذهب . نَصَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ »
وغيره . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الرَّعَائِثِينَ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ،
وَ« شَرْحِ ابْنِ مُنَجِّي » . قَالَ فِي « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » وَغيره : هَذَا ظَاهِرُ
الْمَذْهَبِ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ . وَاخْتَارَهُ بَعْضُ
الْأَصْحَابِ وَهَذَا الْاِحْتِمَالُ [١٣٩/٣ ظ] لِأَيِّ الْخَطَّابِ .

الإنصاف

وَأِنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بَغِيرِ الْمِيرَاثِ وَهُوَ مُوسِرٌ عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ ، وَعَلَيْهِ [١٩١ ط] قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ . وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ . وَإِنْ مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ إِلَّا مَا مَلَكَ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ نَصِيبُ الشَّرِيكِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا .

٢٩١٨ - مسألة : (وَإِنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بَغِيرِ الْمِيرَاثِ وَهُوَ مُوسِرٌ عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ [٤/٦ ط] نَصِيبِ شَرِيكِهِ . وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ . وَإِنْ مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ إِلَّا مَا مَلَكَ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ نَصِيبُ الشَّرِيكِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ مَا مَلَكَ مِنْهُ ، سِوَاءَ مَلَكَهُ بَعْوَضٍ ، أَوْ بَغَيْرِ عَوْضٍ ،

فائدة : لو مَلَكَ أَبَاهُ مِنَ الزَّئِي ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ مَلَكَ ابْنَهُ مِنَ الزَّئِي . ذَكَرَهُ فِي « التَّبَصُّرَةِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ » ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : إِنْ أَرَادُوا أَنَّ أَبَاهُ وَلَدُ زَيْ ، وَلَدَهُ وَلَدُ زَيْ مِنْهُ ، فَهَذَا مُحْتَمَلٌ . وَإِنْ أَرَادُوا (أَنَّ أَبَاهُ هُوَ الزَّائِي ، وَهَذَا) الَّذِي مَلَكَهُ هُوَ وَلَدُهُ مِنَ الزَّئِي ، فَمُسَلَّمٌ . وَهُوَ مُرَادُهُمْ وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ أَرَادُوا أَنَّ أَبَاهُ وَلَدُ زَيْ ، وَلَدَهُ الَّذِي مَلَكَهُ لَيْسَ مِنْ زَيْ ، فَهَذَا غَيْرُ مُسَلَّمٍ ، بَلْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ هُنَا ، وَهُوَ دَاخِلٌ فِي كَلَامِهِمْ .

قوله : وَإِنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بَغِيرِ الْمِيرَاثِ وَهُوَ مُوسِرٌ عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ . اعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ جُزْءًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، وَكَانَ مَلَكَهُ لَهُ بَغِيرِ الْمِيرَاثِ ، فَلَا يَخْلُو ،

(١ - ١) في ١ : « أَبَاهُ وَلَدُ زَيْ وَوَلَدُهُ » .

(١) كَالْهَبَةِ ، وَالْاِغْتِنَامِ (١) وَالْوَصِيَّةِ ، وَسَوَاءٌ مَلَكَهٗ بِاخْتِيَارِهِ ، كَالَّذِي ذَكَرْنَا ، أَوْ بغيرِ اخْتِيَارِهِ ، كَالْمِيرَاثِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا يَعْتَقُ بِهِ الْكُلُّ ، يَعْتَقُ بِهِ الْبَعْضُ ، كَالِإِعْتَاقِ بِالْقَوْلِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَسِرِ الْعِتْقُ ، وَاسْتَقَرَّ فِي ذَلِكَ الْجُزْءِ وَرَقَّ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ بِقَوْلِهِ لَمْ يَسِرِ إِعْتَاقُهُ بِتَصَرُّيْهِ بِالْعِتْقِ وَقَصْدِهِ إِيَّاهُ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا وَكَانَ الْمِلْكُ (٢) بِاخْتِيَارِهِ ، كَالْمِلْكِ بِغيرِ الْمِيرَاثِ ، سَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، فَعَتَقَ جَمِيعُ الْعَبْدِ ، وَلَزِمَهُ لِشَرِيكِهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَهُ عَلَيْهِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ . وَقَالَ قَوْمٌ : لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ ، سَوَاءٌ مَلَكَهٗ بِشِرَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَمْ يَعْتَقْهُ ، وَإِنَّمَا عَتَقَ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ ، عَنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ مِنْهُ ، فَلَمْ يَسِرْ ، كَمَا لَوْ مَلَكَهٗ بِالْمِيرَاثِ ، وَفَارَقَ مَا أَعْتَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ بِاخْتِيَارِهِ قَاصِدًا إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فَعَلَ سَبَبَ الْعِتْقِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، وَقَصَدَ إِلَيْهِ ، فَسَرَى وَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ مَنْ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ . وَفَارَقَ

الإنصاف

إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا ، أَوْ مُعْسِرًا ؛ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا بِجَمِيعِهِ ، أَوْ مُوسِرًا بِبَعْضِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا بِجَمِيعِهِ ، عَتَقَ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ قَبْلَ آدَاءِ الْقِيَمَةِ . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِقِ » ، وَمَالَ إِلَيْهِ الزَّرْكَشِيُّ . فَعَلِيهِ ، لَوْ أَعْتَقَ الشَّرِيكَ قَبْلَ آدَائِهَا ، فَهَلْ يَصِحُّ عِتْقُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : فَهَلْ يَصِحُّ عِتْقُهُ ؟ يَحْتَمِلُ

(١ - ١) فِي ر ٢ ، م : « كَالِاِغْتِنَامِ » .

(٢) فِي ر ٢ ، م : « الْمِيرَاثِ » .

الميراث ، فإنه حصل بغير فعله ، ولا قصدِه ، ولأنَّ مَنْ بَاشَرَ^(١) سَبَبَ السَّريَةِ اختيَارًا لَرَمَه الضمان^(٢) ، كَمَنْ جَرَحَ إنسانًا فسرَى جُرْحُه ، ولأنَّ مُباشرةَ ما يسرى وتسببه^(٣) إليه في لزومِ حُكْمِ السَّريَةِ واحدٌ ، بدليلِ استواءِ الحافِرِ والدافعِ في ضمانِ الواقعِ ، فأما إن ملكه بالميراثِ ، لم يسر العتق فيه ، واستقرَّ فيما ملكه ، ورقَّ الباقي ، موسرًا كان أو مُعسرًا ؛ لأنَّه لم يتسبَّب إلى إعتاقه ، وإنما حصل بغيرِ اختيارِه . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو يوسفَ . وعن أحمدَ ، ما يدلُّ على أنَّ يسرى إلى نصيبِ الشريكِ إذا كان موسرًا ؛ لأنَّه عتق عليه بعضُه وهو موسرٌ ، فسرى إلى باقيه ، كما لو وصَّى له به فقبله . والمذهبُ الأوَّلُ ؛ لأنَّه لم يُعتقه ولا تسبَّب إليه ، فلم يضمنْ ، ولم يسرْ ، كالأجنبيِّ ، وفارقَ ما تسبَّب إليه .

وَجَهَيْنِ ؛ أحدهما ، يصحُّ . اختاره الشيخُ تقيُّ الدينِ ، وصاحبُ « الفائقِ » ، الإِنصافِ رَحِمَهُمَا اللهُ . والثَّانِي ، لا يصحُّ .

تنبيه : قوله : وعليه قِيَمَةُ نَصيبِ^(٤) شريكه . بلا نزاعٍ . ويأتى في كلامِ المُصنِّفِ قريبًا ؛ متى يَقُومُ ؟ .

فائدة : قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَهُ اللهُ : له نِصْفُ القِيَمَةِ . قال في « الفروعِ » : لا قِيَمَةُ النِّصْفِ . وردَّه ابنُ نصرٍ اللهُ في « حواشيه » ، وتأوَّلَ كلامَ الإمامِ أحمدَ ،

(١) في الأصل : « باشره » .

(٢) في الأصل ، ر ٢ : « ضمانا » .

(٣) في م : « ونسبته » .

(٤) في ط ، ا : « نصف » .

فصل : وإن وَرِثَ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ جُزْءًا مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِمَا ، عَتَقَ وَلَمْ يَسْرِ إِلَى بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْرِ فِي حَقِّ الْمُكَلَّفِ ، فَفِي حَقِّهِمَا أُولَى . وَإِنْ وَهَبَ لهما ، أَوْ وَصَّى لهما بِهِ وَهما مُعْسِرَانِ ، فَعَلِيَ وَلِيَّهِمَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَفَعَ لهما ، بِإِعْتَاقِ قَرَيْبِهِمَا مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ يَلْحَقُ قَرَيْبَهُمَا . وَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَقُومُ عَلَيْهِمَا بَاقِيهِ إِذَا مَلَكَ بَعْضُهُ ؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَقُومُ وَلَا يَسْرِ الْعِتْقُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ

رَحِمَهُ اللَّهُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَلْ يَقُومُ كَامِلًا وَلَا عِتْقَ فِيهِ ، أَوْ قَدْ عَتَقَ بَعْضُهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ لِلْعُلَمَاءِ ، أَصْحُهُمَا الْأَوَّلُ - وَهُوَ الَّذِي قَالَهُ أَبُو الْعَبَّاسِ فِيمَا أَظُنُّ - لظَاهِرِ الْحَدِيثِ ، وَلَأَنَّ حَقَّ الشَّرِيكِ إِنَّمَا هُوَ فِي نِصْفِ الْقِيَمَةِ ، لَا قِيَمَةِ النِّصْفِ ؛ بِذَلِيلِ مَا لَوْ أَرَادَ الْبَيْعَ ، فَإِنَّ الشَّرِيكَ يُجْبَرُ عَلَى الْبَيْعِ مَعَهُ . انْتَهَى . وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ أُعْتَقَ شَرِيكًا فِي عَبْدٍ وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَلَى مَا يَأْتِي . وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا بِيَعِضِهِ ، عَتَقَ عَلَيْهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، بِقَدَرِ مَا هُوَ مُوسِرٌ بِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : عَتَقَ بِقَدَرِهِ . فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : لَا يَعْتَقُ إِلَّا مَا مَلَكَه ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ .

تَنْبِيهِ : شَمِلَ قَوْلُهُ : عَتَقَ كُلَّهُ . لَوْ كَانَ شِقْصُ شَرِيكِهِ مَكَاتِبًا أَوْ مُدَبَّرًا أَوْ مَرْهُونًا . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الْقَاضِي : يَمْتَنِعُ الْعِتْقُ فِي الْمَكَاتِبِ وَالْمُدَبَّرِ ، إِلَّا أَنْ يَنْطَلَا ، فَيَسْرِ حِينَئِذٍ . وَحَيْثُ سَرَى ، ضَمِنَ حَقَّ الشَّرِيكِ بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ مَكَاتِبًا . عَلَى

في^(١) مَلِكِهِ بغيرِ اخْتِيَارِهِ ، أَشْبَهَ ما لو وَرِثَهُ . والثاني ، يُقَوِّمُ عليه ؛ لأنَّ قَبُولَ وَلِيِّهِ يَقَوِّمُ مَقَامَ قَبُولِهِ ، فَأَشْبَهَ الْوَكَيلَ . فعلى هذا الْوَجْهِ ، ليس لَوَلِيِّهِ [٥ / ٦] قَبُولُهُ ؛ لِما فيه مِنَ الضَّرَرِ . وعلى الْأَوَّلِ ، يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأنَّه نَفَعَ بغيرِ ضَرَرٍ ، إِذا كان مِمَّنْ لا تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ ، وَإِذا قُلْنَا : ليس له أَنْ يَقْبَلَهُ . فَقَبَلَهُ ، اِحْتَمَلْ أَنْ لا يَصِحَّ الْقَبُولُ^(٢) ؛ لِأنَّه فَعَلَ ما لم يَأْذَنْ له الشَّرْعُ فيه ، فَأَشْبَهَ ما لو باع ماله^(٣) بغيرِ . واحْتَمَلْ أَنْ يَصِحَّ وتكون الغرامةُ عليه ؛ لِأنَّه أَلْزَمَهُ هذه الغرامةُ ، فكانت عليه كَنَفَقَةِ الْحَجِّ إِذا أَحَجَّه .

الصَّحِيحُ . قدَّمه في « الفروع » . وعنه ، يَضْمَنُهُ بما بَقِيَ مِنَ الْكِتَابَةِ . جَزَمَ به في « الرُّوْضَةِ » . وأُطْلِقَهُما في « الْمُحَرَّرِ » . وأما الْمَرْهُونُ ، فَيَسْرِى الْعِتْقُ عليه ، وتُؤْخَذُ قِيَمَتُهُ فَتُجْعَلُ مَكَانَهُ رَهْنًا . قاله في « التَّرْغِيبِ » ، واقتصرَ عليه في « الفروع » .

فائدة : حَدُّ الْمُوَسِّرِ هُنا ؛ أَنْ يَكُونَ حِينَ الْإِغْتِاقِ قَادِرًا على قِيَمَةِ الشَّقْصِ ، وَأَنْ يَكُونَ فاضِلًا عن قُوَّتِهِ وقُوَّتِ عِيَالِهِ ، يَوْمَهُ وَلَيْلَتَهُ ، كَالْفِطْرَةِ ، على ما تقدَّم هُنا . نصَّ عليه . وجزَمَ به في « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهِمْ . وقدَّمه في « الفروع » وغيرِهِ . وقاله الْقاضِي في « الْمُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ في « الْفُصُولِ » . قال أَبُو بَكْرٍ في « التَّنْبِيهِ » : الْيسَارُ هُنا ؛ أَنْ يَكُونَ له فَضْلٌ عن قُوَّتِهِ وقُوَّتِ عِيَالِهِ ، يَوْمَهُ وَلَيْلَتَهُ ، وما يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ مِنْ حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ ، مِنْ

(١) زيادة من : الأصل .

(٢) في الأصل : « للقبول » .

(٣) سقط من : الأصل .

فصل : وإن باع عبداً لذي رَحِمِهِ وَأَجْنَبِيٍّ صَفَقَةً وَاحِدَةً ، عَتَقَ كُلَّهُ
إذا كان ذو رَحِمِهِ مُوسِراً ، وَضَمِنَ لَشَرِيكِهِ قِيمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ . وقال أبو
حنيفة : لا يَضْمَنُ لَشَرِيكِهِ شَيْئاً ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَمْ يَتِمَّ إِلَّا بِقَبُولِ شَرِيكِهِ ،
فصار كأنه أذن له في إعتاقِ نَصِيْبِهِ ^(١) «ولنا ، أنه عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبَهُ» بِمِلْكِهِ
باختياره ، فَوَجَبَ أَنْ يُقَوِّمَ عَلَيْهِ بَاقِيَهُ مَعَ يَسَارِهِ ، كما لو انفردَ بِشِرَائِهِ ،
ولا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ قَبُولُهُ إِلَّا بِقَبُولِ شَرِيكِهِ .

الْكُسُوفَةِ وَالْمَسْكَنِ وَسَائِرِ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ . نَقَلَهُ عَنْهُ فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » . قال الزَّرْكَشِيُّ : ولم أرَ فِيهِ ، وَإِنَّمَا فِيهِ أَنْ يَكُونَ مَالِكاً مُبْلَغَ
حِصَّةِ شَرِيكِهِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : وهو ظاهرُ كلامِ غيره . وأوردَه ابنُ حَمْدَانَ
مذهباً . وقال في « الْمُعْنَى » ^(٢) : مُقْتَضَى نَصِّهِ ؛ لَا يُبَاعُ لَهُ أَصْلُ مَالٍ . قال في
« الفائقِ » : وَلَا يُبَاعُ لَهُ دَارٌ وَلَا رِبَاعٌ . نصَّ عَلَيْهِ . وقال في « الرَّعَايَةِ » : وَقِيلَ :
بَلْ إِنْ كَانَ مَا يَغْرُمُهُ الْمَوْلَى فَاضْلاً عَنْ قُوْتِ يَوْمِهِ وَلَيْلَتِهِ . قلتُ : وعن قُوْتِ مَنْ
تَلَزَّمَهُ نَفَقَتُهُ فِيهِمَا ، مَا لَا بُدَّ لهُمَا مِنْهُ . انتهى . والاعتبارُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ حَالَةً
الْعِتْقِ ؛ فَلَوْ أَيْسَرَ الْمُعْسِرُ بَعْدَهُ ، لَمْ يَسْرَ إِلَيْهِ ، وَلَوْ أَعْسَرَ الْمُوسِرُ لَمْ يَسْقُطْ مَا وَجَبَ
عَلَيْهِ . نصَّ عَلَى ذَلِكَ .

قوله : وإن كان مُعْسِراً - يَعْنِي بِجَمِيعِهِ - لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ . وهذا
المذهبُ ، وعليه مُعْظَمُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْمُخَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) ٣٥٦/١٤ .

فصل : إذا كانت أمة^(١) مُزَوَّجَةً ، ولها ابنٌ مُوسِرٌ ، فاشترها هو وزوجها وهي حاملٌ منه ، صَفَقَةً وَاحِدَةً ، عَتَقَ نَصِيبُ الابنِ مِنْ أُمِّهِ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ الزَّوْجِ ، وَيَقُومُ عَلَيْهِ ، وَعَتَقَ الْحَمْلُ عَلَيْهِمَا مَعًا ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ الزَّوْجِ وَأَخُو الْابْنِ ، وَلَا يَجِبُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِمَا فِي حَالِ وَاحِدَةٍ . وَلَوْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا ، فَوُهِبَتْ لَهَا ، أَوْ وُصِّيَ لَهَا بِهَا ، فَقَبِلَهَا فِي حَالِ وَاحِدَةٍ ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ قَبِلَهَا أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ قَبِلَ الْابْنُ أَوَّلًا ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ^(٢) الْأُمُّ وَحَمْلُهَا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ بَاقِيهِمَا لِلزَّوْجِ . وَإِنْ قَبِلَ الزَّوْجُ أَوَّلًا عَتَقَ عَلَيْهِ الْحَمْلُ كُلَّهُ . ثُمَّ إِذَا قَبِلَ الْابْنُ عَتَقَتْ عَلَيْهِ الْأُمُّ كُلَّهَا ، وَيَتَقَاصَّان^(٣) ، وَيُرَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَضْلَ عَلَى صَاحِبِهِ . وَمَنْ قَالَ فِي الْوَصِيَّةِ : إِنَّ الْمِلْكَ لَا يَثْبُتُ فِيهَا بِالْمَوْتِ . فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قَبِلَهَا دُفْعَةً وَاحِدَةً .

و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال المُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وغيرُهما : هذا ظاهرُ المذهبِ . وعنه ، يَعْتَقُ كُلُّهُ ، وَيُسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي بَقِيَّتِهِ . [١٤٠/٣] نَصَرَهُ فِي « الْإِنْتِصَارِ » . وَاخْتَارَهُ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَازِيُّ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، قِيمَةُ حِصَّةِ الشَّرِيكِ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْأَحْرَارِ ، فَلَوْ مَاتَ وَبِيَدِهِ مَالٌ ، كَانَ لِسَيِّدِهِ مَا بَقِيَ مِنَ السَّعَايَةِ ، وَالْبَاقِي إِرْثٌ ، وَلَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى أَحَدٍ بِشَيْءٍ . وَهَذَا الصَّحِيحُ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَكْثَرِينَ . وَهُوَ كَمَا قَالَ ، فَإِنَّهُمْ

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « يتقاضيان » .

وإن مثل بعبد فجدع أنفه أو أذنه ونحو ذلك ، عتق عليه . نص المقتنع

٢٩١٩ - مسألة : (وإن مثل بعبد فجدع أنفه أو أذنه ونحو ذلك ، عتق عليه) لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن زبائعا أبا روح وجد غلاما له مع جاريتته ، ففقطع ذكره وجدع أنفه ، فأتى العبد الشرح الكبير

قالوا : يعتق العبد كله . ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدى حق السعاية . واختاره أبو الخطاب في « الانتصار » . وقدمه ابن رزين في « شرحه » . فيكون حكمه حكم عبد بعضه رقيق ، فلو مات كان للشريك من ماله مثل ما له ، عند من لم يقل بالسعاية . وأطلقهما في « المغنى » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، و « الزركشى » . الإنصاف

قوله : وإن ملكه بالميراث ، لم يعتق منه إلا ما ملك ، مؤسرا كان أو مفسرا . هذا المذهب مطلقا ، وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في « الجامع » ، و « الكافي » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وصححه في « المحرر » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . وعنه ، أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان مؤسرا . نص عليها في رواية المروذي .

قوله : وإن مثل بعبد فجدع أنفه أو أذنه ونحوه - وكذا لو حرق عضوا منه . قال في « الرعاية الكبرى » : أو أحرقه بالنار - عتق عليه . نص عليه ، للآثر . وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في « المحرر » ، و « الوجيز » ، و « المنور » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » ، و « المغنى » ، و « الشرح » ، و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال القاضي : القياس أنه لا يعتق . وقال جماعة من الأصحاب : لا يعتق المكاتب .

عَلَيْهِ . قَالَ الْقَاضِي : وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَعْتَقَ .

المقنع

الشرح الكبير

النَّبِيُّ ﷺ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ لَهُ ^(١) النَّبِيُّ ﷺ : « مَا حَمَلَكَ عَلَى مَا فَعَلْتَ ؟ » قَالَ : فَعَلَ كَذَا وَكَذَا . قَالَ : « اذْهَبْ فَأَنْتَ حُرٌّ » ^(٢) .
(قَالَ الْقَاضِي : وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَعْتَقَ) لِأَنَّ سَيِّدَهُ لَمْ يُعْتَقْهُ بِلَفْظٍ صَرِيحٍ وَلَا كِنَايَةٍ . وَإِذَا ثَبَتَ الْحَدِيثُ وَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ وَتُرِكَ الْقِيَاسُ .

الإنصاف

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ سَوَاءٌ قَصَدَ التَّمْثِيلَ بِهِ أَوْ لَمْ يَقْصِدْهُ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَمْ يَشْتَرِطْ غَيْرُ ابْنِ عَقِيلٍ الْقَصْدَ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَقِيلَ : يُشْتَرِطُ الْقَصْدُ فِي ذَلِكَ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، حَيْثُ قُلْنَا : يَعْتَقُ بِالتَّمْثِيلِ : يَكُونُ الْوَلَاءُ لِسَيِّدِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَقِيلَ : لَبِيتَ الْمَالِ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يُصَرَّفُ فِي الرُّقَابِ . قَالَ : وَهُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : قُلْتُ : وَاخْتَارَهُ ابْنُ الرَّأْغُونِيِّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ أَيْضًا فِي « الْفَائِقِ » : وَيَتَوَجَّهُ فِي الْعَمَلِ بِهِ كَقَوْلِ ابْنِ عَقِيلٍ ، وَإِنْ لَمْ يُشْتَرِطْ ، فَكَالْمَنْصُوصِ . الثَّانِيَةُ ، هَلْ يَعْتَقُ بِمَجَرَّدِ الْمُثْلَةِ ، أَوْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ السُّلْطَانُ ؟ قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : يَحْتَمِلُ رَوَايَتَيْنِ مِنْ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . قَالَ فِي رِوَايَةٍ : يَعْتَقُ . وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ : يُعْتَقُ السُّلْطَانُ . وَهِيَ رَوَايَتَانِ عَنْ

(١) زيادة من : الأصل .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب من قتل عبده أو مثل به ... ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٨٤/٢ . وابن ماجه ، في : باب من مثل بعبده فهو حر ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه ٨٩٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٢٥/٢ .

٢٩٢٠ - مسألة : (وَإِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ) رُويَ هذا عن

الإمام مالٍك ، رَحِمَهُ اللهُ . وَالْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ ؛ أَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِمَجَرَّدِ ذَلِكَ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَظَاهِرُ رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ ؛ يُعْتَقُهُ ^(١) السُّلْطَانُ عَلَيْهِ . وَقَالَ فِي « الْفَاتَوِي » أَيْضًا : وَلَوْ مِثْلُ بَعْدٍ مُشْتَرَكٍ ، سَرَى الْعِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ وَضَمِنَ لِلشَّرِيكِ ^(٢) . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . الثَّلَاثَةُ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ : لَوْ اسْتَكْرَهَ الْمَالِكُ عَبْدَهُ عَلَى الْفَاحِشَةِ ، عَتَقَ عَلَيْهِ . وَهُوَ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِالْعِتْقِ بِالْمِثْلَةِ . وَلَوْ اسْتَكْرَهَ أَمَةً أَمْرَأَتَهُ عَلَى الْفَاحِشَةِ ، عَتَقَتْ ، وَغَرِمَ مِثْلُهَا لِسَيِّدَتِهَا . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ . الرَّابِعَةُ ، مَفْهُومُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ لَوْ مِثْلُ بَعْدٍ غَيْرِهِ ، لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ : يَتَوَجَّهُ أَنْ يُعْتَقَ . وَاخْتَارَهُ . الْخَامِسَةُ ، مَفْهُومُهُ أَيْضًا ، أَنَّهُ لَوْ لَعَنَ عَبْدَهُ ، لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَذَكَرَ ابْنُ حَامِدٍ ، عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، أَنَّهُ قَالَ : مَنْ لَعَنَ عَبْدَهُ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْتَقَ ، أَوْ لَعَنَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ ، أَنْ عَلَيْهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ . قَالَ : وَيَجِيءُ فِي لَعْنِ زَوْجَتِهِ ، أَنَّهُ يُلْزَمُهُ أَنْ يُطْلَقَهَا . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ فِي شَرْحِ حَدِيثِ « لَيْلِكَ » : وَيَشْهَدُ لِهَذَا فِي الزَّوْجَةِ ، وَقَوْعُ الْفُرْقَةِ بَيْنَ الْمُتَلَاعِنَيْنِ لَمَّا كَانَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ ، قَدْ حَقَّتْ عَلَيْهِ اللَّعْنَةُ أَوْ الْعَصْبُ . السَّادِسَةُ ، لَوْ وَطِئَ جَارِيَتَهُ الْمُبَاحَةَ الَّتِي لَا يُوطَأُ مِثْلُهَا ، فَافْضَاهَا ، عَتَقَتْ ، وَإِلَّا فَلَا . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

قوله : وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ فَمَالُهُ لِلْسَّيِّدِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ .

(١) فِي ط : « يُعْتَقُ » .

(٢) فِي ط : « الشَّرِيكِ » .

وَعَنْهُ ، أَنَّهُ لِلْعَبْدِ .

المقنع

الشرح الكبير

ابن مسعود ، وأبي أيوب ، وأنس بن مالك . وبه قال قتادة ، والحكم ،
والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ورؤي ذلك عن حماد ،
والبتي ، وداود بن أبي هند ، وحُميد . (وعنه) رواية أخرى (أَنَّهُ
لِلْعَبْدِ) وبه قال الحسن ، وعطاء ، (والشَّعْبِيُّ) ، والنَّخَعِيُّ ، ومالك ،
وأهل المدينة : يَتَّبِعُهُ ؛ لِمَا رَوَى نَافِعٌ ، عن ابنِ عُمَرَ ، عن النبي ﷺ أَنَّهُ
قال : « مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَالْمَالُ لِلْعَبْدِ » . رواه الإمام
أحمدُ بإِسْنَادِهِ ^(١) ، وغيره ^(٢) . وروى حمادُ بنُ سَلَمَةَ عن أبيوبَ عن نافعٍ
عن ابنِ عُمَرَ ، ^(٣) أَنَّهُ كَانَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا لَمْ يَعْزُضْ لِمَالِهِ ^(٤) . ولنا ، ما رَوَى
الْأَثَرُ بِإِسْنَادِهِ عن ابنِ مسعودٍ ^(٥) ، أَنَّهُ قَالَ لِلْغُلَامِ عُمَيْرٍ : يَا عُمَيْرُ ، إِنِّي

جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
و « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، لِلْعَبْدِ .

فائدة : مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ ، لَوْ أَعْتَقَ مُكَاتَبَهُ وَيَدِهِ مَالٌ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ
الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَعَنْهُ ، لَهُ . وَإِنْ فَضَّلَ فَضْلٌ بَعْدَ آدَاءِ
الْكِتَابَةِ ، فَهُوَ لِلْمُكَاتَبِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٣/٢ .
وابن ماجه ، في : باب من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٥/٢ . وليس في المسند .
وانظر : إرواء الغليل ١٧٢/٦ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) انظر تخریج الحديث السابق .

أريدُ أن أُعْتِقَكَ عِتْقًا هَيْئًا^(١) ، فَأُخْبِرُنِي بِمَالِكَ ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ عَبْدَهُ أَوْ غُلَامَهُ فَلَمْ يُخْبِرْهُ بِمَالِهِ فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ »^(٢) . ولأنَّ العبدَ وماله كانا للسَّيِّدِ ، فأزال مِلْكَهُ عن أَحَدِهِمَا ، فَبَقِيَ مِلْكُهُ فِي الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ ، وَقَدْ ذَلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ »^(٣) . فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : يَرْوِيهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي جَعْفَرٍ مِنْ أَهْلِ مِصْرَ ، وَهُوَ ضَعِيفٌ فِي الْحَدِيثِ ، كَانَ صَاحِبَ فَقْهِ ، فَأَمَّا فِي الْحَدِيثِ فَلَيْسَ هُوَ فِيهِ بِالْقَوِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْوَلِيدِ^(٤) : هَذَا الْحَدِيثُ خَطَأٌ ، فَأَمَّا فِعْلُ ابْنِ عُمَرَ ، فَهُوَ تَفَضُّلٌ مِنْهُ عَلَى مُعْتَقِهِ . قِيلَ لِأَحْمَدَ : كَانَ هَذَا عِنْدَكَ عَلَى التَّفَضُّلِ ؟ فَقَالَ : إِي لَعَمْرِي عَلَى التَّفَضُّلِ . قِيلَ لَهُ : فَكَأَنَّهُ عِنْدَكَ لِلْسَّيِّدِ^(٥) ؟ فَقَالَ : نَعَمْ ، لِلْسَّيِّدِ ، مِثْلُ^(٦) الْبَيْعِ سَوَاءً .

(١) فِي الْأَصْلِ : « هَيْئًا » .

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه ٨٤٥/٢ .

(٣) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي ٣٠٣/٦ .

(٤) أَيُّ الطَّيَالِسِيِّ هِشَامُ بْنُ عَبْدِ الْمَلِكِ ، أَمِيرُ الْمُحَدِّثِينَ ، مُتَقَنٌ ، تَوَفَّى سَنَةَ سَبْعٍ وَعِشْرِينَ وَمِائَتَيْنِ . الْأَنْسَابُ ٢٨٣/٨ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « السَّيِّدِ » .

(٦) فِي م : « مَعَ » .

فَصْلٌ : وَإِذَا أُعْتِقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ مُعِينًا أَوْ مُشَاعًا عَتَقَ كُلَّهُ . المقنع

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَإِذَا أُعْتِقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ مُعِينًا أَوْ مُشَاعًا عَتَقَ كُلَّهُ) أَمَّا إِذَا أُعْتِقَ عَبْدَهُ وَهُوَ صَحِيحٌ جَائِزُ التَّصَرُّفِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ عِتْقُهُ بِاجْتِمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فَإِنْ أُعْتِقَ بَعْضُهُ عَتَقَ كُلَّهُ فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِهِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ^(١) . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْحَكَمُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ^(٢) : عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ بِالْحِجَازِ وَالْعِرَاقِ قَالُوا : يَعْتِقُ كُلَّهُ إِذَا أُعْتِقَ نِصْفَهُ . وَقَالَ طَاوُسٌ : يَعْتِقُ فِي عِتْقِهِ ، وَيَرِقُّ فِي رِقِّهِ . وَقَالَ حَمَادٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتِقُ مِنْهُ مَا أُعْتِقَ ، وَيَسْعَى فِي بَاقِيهِ . وَخَالَفَ أَبُو حَنِيفَةَ أَصْحَابَهُ ، فَلَمْ يَرَوْا عَلَيْهِ سِعَايَةً . وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ فِي رَجُلٍ أُعْتِقَ نِصْفَ عَبْدٍ ، ثُمَّ غَفَلَ عَنْهُ حَتَّى مَاتَ ، فَقَالَ : أَرَى نِصْفَهُ حُرًّا وَنِصْفَهُ رَقِيْقًا ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي بَعْضِهِ ، فَلَمْ يَسْرِ إِلَى بَاقِيهِ ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهْ فِي عَبْدٍ فَكَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَهُ » ^(٣) ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ

تنبيه : [١٤٠/٣ ط] ، قوله : وَإِنْ أُعْتِقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ مُعِينًا أَوْ مُشَاعًا عَتَقَ كُلَّهُ . مُرَادُهُ ، إِذَا أُعْتِقَ غَيْرَ شَعْرِهِ وَظُفْرِهِ وَسِنِّهِ ، وَنَحْوِهِ .
الإنصاف

(١) أخرجه عنهما البيهقي ، في : باب من أعتق من مملوكه شقصا ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ٢٧٤/١٠ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يعتق بعض مملوكه ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ١٨٣/٦ . وأخرجه عن ابن عمر ، عبد الرزاق ، في : باب من أعتق بعض عبده ، من كتاب المدير . المصنف ١٤٨/٩ .
(٢) في الاستذكار ١٢٦/٢٣ .
(٣) في الأصل : « قيمة العبد » .

جَمِيعُ الْعَبْدِ «^(١) . وَإِذَا أُعْتِقَ عَلَيْهِ^(٢) نَصِيبُ شَرِيكِهِ ، كَانَ تَنْبِيْهَا عَلَى عِتْقِ جَمِيعِهِ إِذَا كَانَ كُلُّهُ مِلْكًا لَهُ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ مِنْ مَمْلُوكٍ فَهُوَ حُرٌّ مِنْ مَالِهِ »^(٣) . وَلَأنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ عَنْ بَعْضِ مَمْلُوكِهِ الْآدَمِيِّ ، فزَالَ عَنْهُ جَمِيعُهُ ، كَالطَّلَاقِ . وَيفَارِقُ الْبَيْعُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى السَّعَايَةِ ، وَلَا يُبْنَى عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُعْتَقَ جُزْءًا كَبِيرًا ، كَنِصْفِهِ ، أَوْ ثُلُثِهِ ، أَوْ صَغِيرًا ، كَعُشْرِهِ ، أَوْ^(٤) عُشْرِ عُشْرِهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِسَرَايَةِ الْعِتْقِ إِذَا كَانَ مُشَاعًا .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَ جُزْءًا مُعَيَّنًا^(٥) ؛ كَرَأْسِهِ ، أَوْ يَدِهِ ، أَوْ إِصْبَعِهِ ، عَتَقَ كُلَّهُ أَيْضًا . وَهَذَا قَالَ قَتَادَةُ ، [٦/٦ و] وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ أَعْتَقَ رَأْسَهُ ، أَوْ ظَهْرَهُ ، أَوْ بَدَنَهُ ، أَوْ بَطْنَهُ ، أَوْ جَسَدَهُ ، أَوْ نَفْسَهُ ، أَوْ فَرْجَهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ حَيَاتَهُ لَا تَبْقَى بَدُونِ ذَلِكَ ،

(١) تقدم تخريجه في ٢٥٩/١٥ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل ، من كتاب الشركة ، وفي : باب إذا أعتق نصيبا في عبد وليس له مال ... من كتاب العتق . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٧/٣ . وأبو داود ، في : باب من ذكر السعاية في هذا الحديث ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٩/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٩٤/٦ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ .

(٤) في الأصل : « و » .

(٥) في الأصل : « مشاعا » .

وَأَنْ أُعْتِقَ شَرْكَاءَهُ فِي عَبْدٍ ، وَهُوَ مُوسِرٌ بِقِيَمَةِ بَاقِيهِ ، عَتَقَ كُلَّهُ ،
وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ بَاقِيهِ يَوْمَ الْعِتْقِ لِشَرِيكِهِ .

الشرح الكبير

وإن أُعْتِقَ يَدَهُ ، أَوْ عُضْوًا تَبَقَى حَيَاتُهُ بِدُونِهَا لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ إِزَالَهَ
ذَلِكَ مَعَ بَقَائِهِ ، فَلَمْ يَعْتَقْ ، كإِعْتَاقِهِ شَعْرَهُ «وَسِنَّهُ» . وَلَنَا ، أَنَّهُ أُعْتِقَ
عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهِ ، فَعَتَقَ جَمِيعَهُ ، كَرَأْسِهِ . فَأَمَّا إِذَا أُعْتِقَ شَعْرَهُ ، أَوْ سِنَّهُ ،
أَوْ ظُفْرَهُ ، لَمْ يَعْتَقْ . وَقَالَ قَتَادَةُ ، وَاللَّيْثُ ، فِي الرَّجُلِ يُعْتَقُ ظُفْرَ عَبْدِهِ :
يَعْتَقُ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَائِهِ ، أَشْبَهَ إَصْبَعَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ تَزُولُ ،
وَيَخْرُجُ غَيْرُهَا ، فَأُشْبِهَتْ الشَّعْرَ ، وَالرَّيْقَ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ ،
وَالْعِتْقِ مِثْلَهُ .

٢٩٢١ - مسألة : (وإن أُعْتِقَ شَرْكَاءَهُ فِي عَبْدٍ ، وَهُوَ مُوسِرٌ بِقِيَمَةِ
بَاقِيهِ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ بَاقِيهِ يَوْمَ الْعِتْقِ لِشَرِيكِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ،
أَنَّ الشَّرِيكَ إِذَا أُعْتِقَ نَصِيبَهُ مِنَ الْعَبْدِ عَتَقَ عَلَيْهِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِمَا

الإنصاف

قوله : وإن أُعْتِقَ شَرْكَاءَهُ فِي عَبْدٍ ، وَهُوَ مُوسِرٌ بِقِيَمَةِ بَاقِيهِ ، عَتَقَ كُلَّهُ . بَلَا
نِزَاعٍ مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ . لَكِنْ لَوْ كَانَ مُوسِرًا بِيَعْضِهِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا هُوَ
مُوسِرٌ بِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَعَلَيْهِ
أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : لَا يَعْتَقُ مِنْهُ إِلَّا حِصَّتُهُ فَقَطْ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ قَرِيبًا ،
فَلْيُعَاوِذْ . وَتَقَدَّمَ أَيْضًا ، هَلْ يُوقَفُ الْعِتْقُ عَلَى أَدَاءِ الْقِيَمَةِ أَمْ لَا ؟ .

قوله : وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ بَاقِيهِ يَوْمَ الْعِتْقِ لِشَرِيكِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ

الشرح الكبير ذكرنا من الأثر ، وإذا عتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه ، فصار جميعه حُرًا ، وعلى المعتق قيمة أنصباة شركائه ، والولاء له . هذا قول مالك ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، والثوري ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ، وإسحاق . وقال البتّي : لا يعتق إلا حصّة المعتق ، ونصيب الباقيين باقٍ على الرّق ، ولا شيء على المعتق ؛ لما روى ابن^(١) التّلّب ، عن أبيه ، أن رجلاً أعتق شقصاً له في مملوك ، فلم يضمّنه النبي ﷺ . رواه الإمام أحمد^(٢) . ولأنّه لو باع نصيبه لاختصّ البيع به ، فكذلك العتق ، إلا أن تكون جارية نفيسة يُغالى فيها ، فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق ؛ للضرر الذي أدخله على شريكه . وقال أبو حنيفة : لا يعتق إلا حصّة المعتق ، ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء ؛ إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمّن شريكه ، فاعتق حينئذٍ . ولنا ، الحديث الذي رويناه ، وهو صحيح ، متفق عليه^(٣) ، ورواه مالك في

الإنصاف الأصحاب ، وقطع به أكثرهم ، ونصّ عليه . قال الزّركشي : هذا المعروف المشهور . وفي « الإرشاد » وجّه ، أن عليه قيمته يوم تقويمه . وحكاة الشيرازي أيضًا . قال الزّركشي : وهو قياس القول الذي لنا في العصب . وكذا الحكم لو عتق عليه كله .

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه أبو داود من طريق الإمام أحمد ، في : باب من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتق . سنن أبي

داود ٣٥٠/٢ . ولم نجده في المسند .

(٣) تقدم تخريجه في ٢٥٩/١٥ .

مَوْطِئِهِ^(١) ، عن نافعٍ ، عن ابنِ عُمَرَ . فَأُثِّبَتِ النَّبِيُّ ﷺ الْعِتْقَ فِي جَمِيعِهِ ، وَأَوْجَبَ قِيَمَةَ نَصِيبِ شَرِيكِ^(٢) الْمُعْتَقِ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ خَيْرَةً وَلَا لَغِيرِهِ . وَرَوَى قَتَادَةُ ، عَنْ أَبِي الْمَلِيحِ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ رَجُلًا مِنْ قَوْمِهِ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي مَمْلُوكٍ ، فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَجَعَلَ خَلَاصَهُ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ ، وَقَالَ : « لَيْسَ لِلَّهِ شَرِيكٌ »^(٣) . قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : الصَّحِيحُ أَنَّهُ عَنْ أَبِي الْمَلِيحِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مُرْسَلٌ ، وَلَيْسَ فِيهِ عَنْ أَبِيهِ . هَذَا مَعْنَى كَلَامِهِ . وَقَوْلُ الْبُتِّيِّ شَاذٌّ يُخَالِفُ الْأَخْبَارَ كُلَّهَا ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ . وَحَدِيثُ الثَّلَبِ يَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَى الْمُعْسِرِ ، جَمْعًا بَيْنَ الْأَحَادِيثِ . وَقِيَاسُ الْعِتْقِ عَلَى الْبَيْعِ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْبَيْعَ لَا يَسْرَى فِيمَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ كُلُّهُ لَهُ ، وَالْعِتْقُ يَسْرَى ، فَإِنَّهُ لَوْ بَاعَ نَصْفَ عَبْدِهِ لَمْ يَسْرَ ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ كُلَّهُ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، [٦/٦ ظ] فَإِنَّ وَلَائَهُ يَكُونُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ بِإِعْتَاقِهِ مِنْ مَالِهِ ، وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا عِنْدَ مَنْ يَرَى عِتْقَهُ عَلَيْهِ .

فائدة : لو عُدِمَتِ الْبَيِّنَةُ بِقِيَمَتِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمَعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَيُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ الشَّرِيكِ مَعَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ . فَلَعَلَّهُ سَبْقَةُ قَلَمٍ .

(١) في : باب من أعتق شركا له في مملوك ، من كتاب العتق والولاء . الموطأ ٢/ ٧٧٢ .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب من أعتق نصيبا له من مملوك ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٢/ ٣٤٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/ ٧٤ ، ٧٥ .

المقنع وَإِنْ أَعْتَقَهُ شَرِيكُهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ فِيهِ عِتْقٌ .

الشرح الكبير

فصل : ولا فرق في هذا بين أن يكون الشركاء مسلمين أو كافرين ، أو بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ، ذكره القاضي . وهو قول الشافعي . وذكر أبو الخطاب في الكافر وجهاً أنه إذا أعتق نصيبه من مسلم ، أنه لا يسرى إلى باقيه ، ولا يقوم عليه ؛ لأنه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً . ولنا ، عموم الخبر ، ولأن ذلك ثبت لإزالة الضرر ، فاستوى فيه المسلم والكافر ، كالرد بالغيب ، والعرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التملك ، بخلاف الشراء ، ولو قدر أن ههنا تملكاً ، لكان تقديراً في أدنى زمان ، حصل ضرورة تحصيل العتق ، لا ضرر فيه ، فإن قدر فيه ضرر ، فهو معمور بالنسبة إلى ما يحصل من العتق ، فوجوده كالعدم . وقياس هذا على الشراء غير صحيح ؛ لما بينهما من الفرق .

٢٩٢٢ - مسألة : (فإن أعتقه الشريك بعد ذلك) وقبل أخذ القيمة (لم يثبت له فيه عتق) لأنه قد صار حراً بعتق الأول له ؛ لأن عتقه حصل باللفظ ، لا بدفع القيمة ، وصار جميعه حراً ، واستقرت القيمة على المعتق الأول ، فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره . وبهذا قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وإسحاق ، وابن المنذر ، والشافعي في قول له ، اختاره المزني . وقال الزهري ، وعمرو ابن دينار ، ومالك ، والشافعي في قول : لا يعتق إلا بدفع القيمة ، ويكون قبل ذلك ملكاً لصاحبه ، ينفذ عتقه فيه ، ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق .

الإنصاف

واحتجوا بقول النبي ﷺ : « قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيمَةٌ عَدْلٍ ، ^(١) فَأُعْطِيَ شُرَكَاءُوه حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ جَمِيعُ الْعَبْدِ » ^(٢) . وفي لفظٍ لأبي داود : « فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا يُقَوْمُ عَلَيْهِ قِيمَةٌ عَدْلٍ ^(٣) ، لَا وَكُسَ وَلَا شَطَطَ ، ثُمَّ يَعْتِقُ » . فجعله عتيقاً بعد دفعِ القِيمَةِ . ولأنَّ العِتْقَ إِذَا ثَبَتَ بِعَوْضٍ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ مُطْلَقًا ، لَمْ يَعْتِقْ إِلَّا بِالْأَدَاءِ ، كَالْمُكَاتَبِ . وللشافعي قولٌ ثالثٌ ، أَنَّ العِتْقَ مُرَاعَى ، فَإِنْ دَفَعَ الْقِيمَةَ تَبَيَّنَا أَنَّ العِتْقَ كَانَ حَصَلَ مِنْ حِينَ أُعْتِقَ نَصِييَه ، وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ الْقِيمَةَ تَبَيَّنَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَتَقَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ اخْتِيَاظًا لِهَاجِئِ جَمِيعًا . وَلَنَا ، حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ ، فَإِنَّهُ رَوَى بِالْأَفَاضِ مُخْتَلِفَةً تَجْتَمِعُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الْحُرِّيَةِ بِاللَّفْظِ ، فَرَوَى أَيُّوبُ ^(٤) ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شُرَكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَهُ بِقِيمَةِ الْعَدْلِ ، فَهُوَ عَتِيقٌ » . رواه أَبُو دَاوُدَ ، وَالنَّسَائِيُّ . وَفِي لَفْظٍ رَوَاهُ ابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ : « فَكَانَ لَهُ مَالٌ ، فَقَدْ عَتَقَ كُلُّهُ » . وَفِي رِوَايَةٍ ابْنِ أَبِي ذُئْبٍ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ : « وَكَانَ لِلَّذِي يُعْتِقُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَهُ بِقِيمَةِ الْعَدْلِ ، فَهُوَ ^(٥) يَعْتِقُ كُلُّهُ » . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٥) بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : [٧/٦ و] قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شَقِصًا فِي

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) هو الحديث المتقدم . وقد تقدم تخریج هذه الألفاظ عند أبي داود .

(٣) في م : « أبو أيوب » .

(٤) سقط من : م .

(٥) تقدم تخریجه في صفحة ٤٢ ، وهذا لفظ مسلم وليس لفظ أبي داود .

مَمْلُوكٍ فَهُوَ حُرٌّ مِنْ مَالِهِ . وهذه نصوصٌ في محلِّ النزاع ، فإنه جعله
 حُرًّا وَعَتِيقًا بِإِعْتَاقِهِ ، مَشْرُوطًا بِكَوْنِهِ مُوسِرًا . ولأنَّه عَتَقَ ^(١) بالسَّرَايَةِ ،
 فكانت حاصِلَةُ مِنْ لَفْظِهِ عَقِيْبِهِ ، كما لو أَعْتَقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ ، ولأنَّ الْقِيَمَةَ
 مُعْتَبَرَةً وَقْتَ الإِعْتَاقِ . ولا يَنْفُذُ تَصَرُّفُ الشَّرِيكِ فِيهِ بِغَيْرِ الإِعْتَاقِ . وعند
 الشافعي ، لا يَنْفُذُ بِالِإِعْتَاقِ أَيْضًا ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ فِيهِ بِالِإِعْتَاقِ
 الْأَوَّلِ . فَأَمَّا حَدِيثُهُمْ ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهِ ، فَإِنَّ « الْوَائِدَ » لَا تَقْتَضِي تَرْتِيبًا ،
 وَأَمَّا الْعَطْفُ بِـ « ثُمَّ » فِي اللَّفْظِ الْآخِرِ ، فَلَمْ يُرَدِّ بِهَا التَّرْتِيبُ ، فَإِنَّهَا قَدْ
 تَرَدَّدَتْ لِغَيْرِ التَّرْتِيبِ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ ثُمَّ اللَّهُ شَهِيدٌ عَلَى مَا يَفْعَلُونَ ﴾ ^(٢) .
 فَأَمَّا الْعَوَضُ ، فَإِنَّمَا وَجَبَ عَنِ الْمُتْلَفِ بِالِإِعْتَاقِ ، بِدَلِيلِ اعْتِبَارِهِ بِقِيَمَتِهِ
 حِينَ الإِعْتَاقِ وَعَدَمِ اعْتِبَارِ التَّرَاضِي فِيهِ ، وَوُجُوبِ الْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ وَكَسٍ
 وَلَا شَطَطٍ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الشَّرِيكَ إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ
 عِتْقِ الْأَوَّلِ وَقَبْلَ أَخْذِ الْقِيَمَةِ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ فِيهِ عِتْقٌ ، وَلَا لَهُ عَلَيْهِ وَلَاؤُهُ ، وَلَاؤُهُ
 كُلُّهُ لِلْمُعْتَقِ الْأَوَّلِ ، وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ حُرًّا بِإِعْتَاقِهِ . وعند
 مالِكٍ ، يَكُونُ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ مِلْكَيْهِمَا فِيهِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُعْتَقِ
 الْأَوَّلِ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَلَوْ أَنَّ الْمُعْتَقَ الْأَوَّلَ لَمْ يُؤَدِّ الْقِيَمَةَ حَتَّى أَفْلَسَ ، عَتَقَ
 الْعَبْدُ ، وَكَانَتِ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ دَيْنًا ، يُزَاحِمُ بِهَا الشَّرِيكَ عِنْدَنَا . وعند
 مالِكٍ ، لَا يَعْتَقُ مِنْهُ إِلَّا مَا عَتَقَ . وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَقُ جَارِيَةً حَامِلًا ، فَلَمْ يُؤَدِّ

(١) في م : « عَتَقَ » .

(٢) سورة يونس ٤٦ .

الْقِيَمَةُ حَتَّى وَصَعَتْ حَمْلَهَا ، فَلَيْسَ عَلَى الْمُعْتِقِ إِلَّا قِيَمَتُهَا حِينَ أَعْتَقَهَا ؛
لأنَّه حِينَئِذٍ حَرَّرَهَا . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، يُقَوِّمُ وَلَدَهَا أَيْضًا ، وَلَوْ تَلَفَ ^(١) الْعَبْدُ
قَبْلَ أَدَاءِ الْقِيَمَةِ ، تَلَفَ حُرًّا ، وَالْقِيَمَةُ عَلَى الْمُعْتِقِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَ رِقَّهُ . وَعِنْدَ
مَالِكٍ ، لَأَشَى عَلَى الْمُعْتِقِ ، وَمَا لَمْ يُقَوِّمْ وَيُحْكَمْ بِقِيَمَتِهِ ، فَهُوَ فِي جَمِيعِ
أَحْكَامِهِ عَبْدٌ .

فصل : وَالْقِيَمَةُ مُعْتَبَرَةٌ حِينَ اللَّفْظِ بِالْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِتْلَافِ . وَهُوَ
قَوْلُ الشَّافِعِيِّ عَلَى أَقْوَالِهِ كُلِّهَا . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهَا ^(٢) ، رُجِعَ إِلَى قَوْلِ
الْمُقَوِّمِينَ . فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدِمَاتٍ أَوْ غَابَ ، أَوْ تَأَخَّرَ تَقْوِيمُهُ زَمَنًا تَخْتَلَفُ
فِيهِ الْقِيَمُ ، وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتِقِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ ،
وَالأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنْهَا . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي صِنَاعَةٍ
فِي الْعَبْدِ تَوَجَّبُ زِيَادَةُ ^(٣) الْقِيَمَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتِقِ ؛ لِذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ
يَكُونَ الْعَبْدُ يُحْسِنُ الصَّنَاعَةَ فِي الْحَالِ ، وَلَمْ يَمْضِ زَمَنٌ يُمَكِّنُ تَعَلُّمَهَا فِيهِ ،
فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الشَّرِيكِ ؛ لِعِلْمِنَا بِصِدْقِهِ ، وَإِنْ مَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ
حُدُوثَهَا فِيهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتِقِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ
بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ . وَالثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلَ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ وَعَدَمُ
الْحُدُوثِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي غَيْبٍ يَنْقُصُ قِيَمَتَهُ ؛ كَسَرِقَةٍ ، أَوْ إِبَاقٍ ، فَالْقَوْلُ

(١) فِي م : « أَتْلَفَ » .

(٢) فِي م : « قَلَرَهُ » .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : « فِي » .

الشرح الكبير قول الشريك ؛ لأن الأصل السلامة ، فبالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفى الصناعة ، يرجح قول الشريك في نفى [٧/٦ ظ] العيب . وإن كان العيب فيه حال الاختلاف ، واختلفا في حدوثه ، فالقول قول المعتق ؛ لأن الأصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه . ويحتمل أن يكون القول قول الشريك ؛ لأن الأصل براءته من العيب حين الإغتاك .

فصل : والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوت يومه وليلته ، وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية ؛ من الكسوة ، (والمسكن^(١)) ، وسائر ما لا بد منه ، ما يدفعه إلى شريكه . ذكره أبو بكر ، في « التنبيه » . وإن وجد بعض ما يفي بالقيمة ، قوم عليه قدر ما يملكه^(٢) منه . ذكره أحمد ، في رواية ابن منصور . وهو قول مالك . وقال أحمد : لا تباع فيه دار ولا رباغ . ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال . وقال مالك ، والشافعي : يباع عليه سوار بيته ، وما له بال من كسوته ، ويقضى عليه في ذلك كما يقضى عليه في سائر الدعاوى . والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالعق ؛ لأنه حال الوجوب ، فإن أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر إعتاقه ، وإن أعسر المؤسر لم يسقط ما وجب عليه ؛ لأنه وجب عليه ، فلم^(٣) يسقط بإعساره^(٣) ، كدين الإتلاف . نص عليه أحمد .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في م : « يمكنه » .

(٣ - ٣) في الأصل : « يسقطه اعتباره » .

وَأِنْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَعْتَقْ إِلَّا نَصِيبَهُ ، وَيَبْقَى حَقُّ شَرِيكِهِ فِيهِ .
وَعَنْهُ ، يَعْتَقُ كُلُّهُ ، وَيُسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ غَيْرَ مَشْقُوقٍ
عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

٢٩٢٣ - مسألة : (وإن كان مُعْسِرًا لم يَعْتَقْ إِلَّا نَصِيبَهُ ، وَبَقِيَ حَقُّ
شَرِيكِهِ فِيهِ . وَعَنْهُ ، يَعْتَقُ كُلُّهُ ، وَيُسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ غَيْرَ مَشْقُوقٍ
عَلَيْهِ) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْمُعْسِرَ إِذَا أُعْتِقَ نَصِيبَهُ مِنَ الْعَبْدِ ، اسْتَقَرَّ فِيهِ
الْعِتْقُ ، وَلَمْ يَسِرْ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، بَلْ يَبْقَى عَلَى الرَّقِّ ، فَإِذَا أُعْتِقَ
شَرِيكُهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبَهُ . وَهَذَا قَوْلُ إِسْحَاقَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَابْنِ
الْمُنْذِرِ ، وَدَاوُدَ ، وَابْنِ جَرِيرٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، عَلَى مَا
بَيَّنَّاهُ فِيمَا مَضَى . وَرَوَى عَنْ عُرْوَةَ ، أَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا أُعْتِقَ نِصْفَهُ ، فَكَانَ
عُرْوَةُ يُشَاهِرُهُ ؛ شَهْرَ عَبْدٍ وَشَهْرَ حُرٍّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْمُعْتَقَ إِذَا
أُعْتِقَ نَصِيبَهُ اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ حَتَّى يُؤَدِّيَهَا ، فَيُعْتَقَ . وَهُوَ قَوْلُ
ابْنِ شُبْرُمَةَ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَأَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ؛ لِمَا
رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أُعْتِقَ شِقْصًا لَهُ فِي
مَمْلُوكٍ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْتِقَهُ كُلُّهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَإِلَّا اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ غَيْرَ

الإنصاف

قوله : وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَعْتَقْ إِلَّا نَصِيبَهُ ، وَيَبْقَى حَقُّ شَرِيكِهِ فِيهِ . وَهَذَا
الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَعَنْهُ ، يَعْتَقُ كُلُّهُ ، وَيُسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ
بَاقِيهِ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ كُلُّهُ وَأَحْكَامُهُ وَفُرُوعُهُ ، وَالْخِلَافُ فِيهِ ، وَمَا
يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ مِنَ الْفُرُوعِ قَرِيبًا عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ . فَإِنَّ
الْحُكْمَ هُنَا وَهَنَاكَ وَاحِدٌ عِنْدَ الْأَصْحَابِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِعَادَتِهِ .

الشرح الكبير مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١) . قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ : فَإِذَا اسْتُسْعِيَ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ ، ثُمَّ أُيَسَّرَ مُعْتَقُهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْجَاهُ إِلَى هَذَا وَكَلَّفَهُ إِيَّاهُ . وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : يَعْتَقُ جَمِيعُهُ ، وَتَكُونُ قِيَمَةُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ فِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَتَّبِعُ ، فَإِذَا وَجِدَ فِي الْبَعْضِ سَرَى إِلَى جَمِيعِهِ ، كَالطَّلَاقِ ، وَتَلَزَمُ الْمُعْتَقُ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتْلَفُ لِنَصِيبِ صَاحِبِهِ بِإِعْتَاقِهِ ، فَوَجَبَتْ قِيمَتُهُ فِي ذِمَّتِهِ ، كَمَا لَوْ أْتَلَفَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَسْرَى فِيهِ الْعِتْقُ ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِهِ إِعْتَاقُ النَّصِيبِ الْبَاقِي ، فَيُخَيَّرُ شَرِيكُهُ بَيْنَ إِعْتَاقِ نَصِيبِهِ ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا ، وَبَيْنَ أَنْ يُسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ نَصِيبِهِ فَإِذَا [٨/٦] أَذَاهُ إِلَيْهِ عَتَقَ ، وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا . وَلَنَا ، حَدِيثُ ابْنِ عُمرَ^(٢) ، وَهُوَ حَدِيثٌ^(٣) صَحِيحٌ ثَابِتٌ عِنْدَ جَمِيعِ الْعُلَمَاءِ بِالْحَدِيثِ ، وَلِأَنَّ الْاسْتِسْعَاءَ إِعْتَاقٌ بَعْوَضٍ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كَالكِتَابَةِ ، وَلِأَنَّ فِي الْاسْتِسْعَاءِ إِضْرَارًا بِالشَّرِيكِ

الإنصاف تنبيه : يَا أَيُّ قَرِيبًا ؛ إِذَا أُعْتِقَ الْكَافِرُ نَصِيبَهُ مِنْ مُسْلِمٍ ، هَلْ يَسْرَى أَمْ لَا ؟

- (١) أخرجه البخاري ، في : باب تقويم الأشياء بين الشركاء ... ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفي : باب إذا أعتق نصيبا في عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ١٨٥ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : باب ذكر سعاية العبد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ . وأبو داود ، في : باب من ذكر السعاية في هذا الحديث ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٩/٢ .
- كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٥/٢ ، ٤٢٦ ، ٤٧٢ .
- (٢) تقدم تخريجه في ٢٥٩/١٥ . وتقدم في صفحات ٤٤ ، ٤٥ .
- (٣) سقط من : م .

وَالْعَبْدُ ؛ أَمَّا الشَّرِيكُ فَإِنَّا نُحِيلُهُ عَلَى سِعَايَةٍ قَدْ لَا يَحْصُلُ مِنْهَا ^(١) شَيْءٌ أَصْلًا ، وَإِنْ حَصَلَ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَكُونُ مُتَفَرِّقًا ، وَيَفُوتُ عَلَيْهِ مَلِكُهُ . وَأَمَّا الْعَبْدُ ، فَإِنَّهُ يُجْبِرُهُ عَلَى سِعَايَةٍ لَمْ يُرْذَهَا وَكَسَبَ لَمْ يَخْتَرْهُ ، وَهَذَا ضَرَرٌ فِي حَقِّهِمَا ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ ^(٢) » . وَقَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ حَرْبٍ : أَلَيْسَ الزَّمُّ ^(٣) الْمُعْتَقُ ثَمَنَ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ ؛ لَثَلَا يَدْخُلُ عَلَى شَرِيكِهِ ضَرَرٌ ، فَإِذَا أَمَرُوهُ بِالسَّعْيِ ، وَإِعْطَائِهِ كُلَّ شَهْرٍ دِرْهَمَيْنِ ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى تَمَلُّكِهِ ، فَأَيُّ ضَرَرٍ أَعْظَمُ مِنْ ذَلِكَ ! . فَأَمَّا حَدِيثُ الْإِسْتِسْعَاءِ ، فَقَالَ الْأَثَرُ : ذَكَرَهُ سُلَيْمَانُ بْنُ حَرْبٍ ، فَطَعَنَ فِيهِ وَضَعَفَهُ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : لَيْسَ فِي الْإِسْتِسْعَاءِ ثَبَتٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ يَرْوِيهِ ابْنُ أَبِي عَرُوبَةَ ، وَأَمَّا سُعْبَةُ ^(٤) ، وَهَشَامُ الدَّسْتَوَائِيُّ فَلَمْ يَذْكُرَاهُ ^(٥) . وَحَدَّثَ بِهِ مَعْمَرٌ ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ السَّعَايَةَ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ : وَهَمَّامٌ أَيْضًا لَا يَقُولُهُ . قَالَ الْمُرُوزِيُّ : وَضَعَفَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ حَدِيثَ سَعِيدٍ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْدَرِ : لَا يَصِحُّ حَدِيثُ الْإِسْتِسْعَاءِ . وَذَكَرَ هَمَّامٌ أَنَّ ذِكْرَ الْإِسْتِسْعَاءِ مِنْ فُتْيَا قَتَادَةَ ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الْكَلَامِ الَّذِي هُوَ مِنْ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهَا » .

(٢) فِي م : « ضَرَار » .

وَالْحَدِيثُ تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٣٦٨/٦ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لَهُ الْإِزَام » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « سَعِيد » .

(٥) فِي النَّسَخِ : « يَذْكُرُهُ » . وَانْظُرِ الْمَغْنَى ٣٥٩/١٤ .

صَلَّى اللَّهُ وَقَوْلِ قَتَادَةَ . قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : فَكَانَ قَتَادَةُ يَقُولُ : إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتُسْعِيَ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ^(١) : حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ يَدُورُ عَلَى قَتَادَةَ ، وَقَدْ اتَّفَقَ شُعْبَةُ وَهَشَامٌ وَهَمَامٌ عَلَى تَرْكِ ذِكْرِهِ ، وَهَمَّ الْحُجَّةُ فِي قَتَادَةَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ فِيهِ عِنْدَ جَمِيعِ أَهْلِ الْعِلْمِ بِالْحَدِيثِ^(٢) إِذَا خَالَفَهُمْ غَيْرُهُمْ . فَأَمَّا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَوْلُ صَاحِبَيْهِ الْأَخِيرِ ، فَلَا شَيْءَ مَعَهُمْ يَحْتَجُّونَ بِهِ مِنْ حَدِيثٍ قَوِيٍّ وَلَا ضَعِيفٍ ، بَلْ هُوَ مُجَرَّدُ رَأْيٍ وَتَحَكُّمٍ يُخَالِفُ الْحَدِيثَيْنِ جَمِيعًا . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ^(٣) : لَمْ يَقُلْ أَبُو حَنِيفَةَ وَزُفِرُ بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ ، وَلَا بِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ عَلَى وَجْهِهِ . وَكُلُّ قَوْلٍ خَالَفَ السُّنَّةَ ، فَمَرْدُودٌ عَلَى قَائِلِهِ . وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ^(٤) .

فصل : وَإِذَا قُلْنَا بِالسَّعَايَةِ ، احْتَمَلَ أَنْ يَعْتَقَ كُلُّهُ وَتَكُونَ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ دَيْنًا يَسْعَى فِي أَدَائِهَا ، وَتَكُونَ أَحْكَامُهُ أَحْكَامَ الْأَحْرَارِ ، فَإِنْ مَاتَ وَفِي يَدِهِ مَالٌ ، كَانَ لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ السَّعَايَةِ ، وَبَاقِي مَالِهِ مَوْزُوثٌ ، وَلَا يَرْجَعُ الْعَبْدُ عَلَى أَحَدٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَعْتَقَ حَتَّى يُؤَدَّى السَّعَايَةُ ، فَيَكُونَ حُكْمُهُ قَبْلَ أَدَائِهَا حُكْمَ مَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ ، إِنْ مَاتَ فَلِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يَعْتَقَ مِنْ مَالِهِ مِثْلُ مَا يَكُونُ لَهُ ، عَلَى قَوْلٍ مَنْ لَمْ يَقُلْ بِالسَّعَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتِاقٌ بِأَدَاءِ مَالٍ ، فَلَمْ يَعْتَقَ قَبْلَ أَدَائِهِ ، كَالْمُكَاتَبِ . وَقَالَ

(١) فِي : التَّهْمِيدُ ٢٧٦/١٤ ، وَالِاسْتِذْكَارُ ١٢٠/٢٣ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي : الِاسْتِذْكَارُ ١٢٤/٢٣ .

(٤) أَوْرَدَ ابْنُ حَجَرٍ أَحَادِيثَ الِاسْتِسْعَاءِ وَطَرَفَهَا وَكَلَامَ الْعُلَمَاءِ عَلَيْهَا بِتَفْصِيلٍ . فَتَحَ الْبَارِي ١٥٦/٥ - ١٦٠ .

وإذا كان العبد لثلاثة ؛ لأحدهم نصفه ، ولآخر ثلثه ، ولثالث المقتنع سدسه ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما مؤسيران ، عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين ، وصار ولاؤه بينهما أثلاثاً . [١٩٢] وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَضْمَنَاهُ عَلَى قَدَرِ مَلِكَيْهِمَا فِيهِ .

الشرح الكبير

ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة : يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى الْمُعْتَقِ إِذَا أُيْسِرَ ؛ لِأَنَّهُ كَلَّفَهُ السَّعْيَةَ بِإِعْتَاقِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ لَزِمَ الْعَبْدَ فِي مُقَابَلَةِ حُرِّيَّتِهِ ، فَلَمْ يَرْجَعْ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ، كَمَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ بِهِ عَلَى السَّيِّدِ ، [٨/٦ ظ] لَكَانَ هُوَ السَّاعِي فِي الْعَوَضِ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ .

٢٩٢٤ - مسألة : (وإذا كان العبد لثلاثة ؛ لأحدهم نصفه ، ولآخر ثلثه ، ولثالث سدسه ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما مؤسيران ، عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين ، وصار ولاؤه بينهما أثلاثاً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَضْمَنَاهُ عَلَى قَدَرِ مَلِكَيْهِمَا فِيهِ) إذا كان العبد مشترَكاً بين جماعة ، فأعتق اثنان منهم (أو أكثر) ، وهم مؤسرون

الإنصاف

قوله : وإذا كان العبد لثلاثة ؛ لأحدهم نصفه ، ولآخر ثلثه ، ولثالث سدسه ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما مؤسيران ، عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين ، وصار ولاؤه بينهما أثلاثاً . وهذا

الشرح الكبير معاً ، سَرَى عَثْقُهُمْ إِلَى بَاقِي الْعَبْدِ ، وَيَكُونُ الضَّمَانُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ، يَتَسَاوُونَ فِي ضَمَانِهِ وَوَلَائِهِ . وبهذا قال الشافعي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَسَمَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ أَمْلاكِهِمْ . وهو قول مالك في إحدَى الرِّوَايَتَيْنِ عنه ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ حَصَلَتْ^(١) بِإِعْتَاقِ مِلْكَيْهِمَا ، وما وَجَبَ بِسَبَبِ الْمَلِكِ كَانَ عَلَى قَدَرِهِ ، كَالنَّفَقَةِ ، وَاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَثْقَ النَّصِيبِ إِتْلَافٌ لِرِقِّ الْبَاقِي ، وَقَدْ اشْتَرَا فِيهِ ، فَيَتَسَاوَيَانِ فِي الضَّمَانِ ، كَمَا لَوْ جَرَحَ أَحَدُهُمَا جُرْحًا ، وَالْآخَرُ جُرْحَيْنِ ، فَمَاتَ بَهُمَا ، أَوْ أَلْقَى أَحَدُهُمَا جُزْءًا مِنَ النَّجَاسَةِ فِي مَاءٍ^(٢) وَأَلْقَى الْآخَرُ جُزْأَيْنِ . وَيُفَارِقُ الشُّفْعَةَ ، فَإِنَّهَا تَثْبُتُ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنْ نَصِيبِ الشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يَبِعْ ، فَكَانَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَى قَدَرِ نَصِيبِهِ ، وَلِأَنَّ الضَّمَانَ هُنَا لِدَفْعِ الضَّرَرِ مِنْهُمَا ، وَفِي الشُّفْعَةِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُمَا ، وَالضَّرَرُ مِنْهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي إِدْخَالِهِ عَلَى الشَّرِيكِ ، وَفِي

الإِنصَافِ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَالْخِرَقِيِّ ، وَغَيْرُهُمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هُوَ الْمَذْهَبُ الْمَجْزُومُ بِهِ بِلا رَيْبٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَضْمَنَاهُ عَلَى قَدَرِ مِلْكَيْهِمَا فِيهِ . وَهُوَ لِأَبِي الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمَذْهَبِ » ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ النُّسْخَةُ مَغْلُوطَةً .

(١) فِي م : « جَعَلَتْ » .

(٢) فِي م : « مَائَةٌ » .

الشفعة ، ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس ، فاختلفا . إذا ثبت هذا ، كان ولاؤه بينهما أثلاثاً ؛ لأننا إذا حكمتنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين ، فنصفه سدس ، إذا ضممناه إلى النصف الذي لأحدهما ، صاراً^(١) ثلثين ، وإذا ضممننا السدس الآخر إلى سدس المعتق صاراً^(٢) ثلثاً . وعلى الوجه الآخر ، يصير الولاة بينهما أربعاً ؛ لصاحب السدس رُبْعُهُ ، ولصاحب النصف ثلاثة أرباعه ، والضمان كذلك . ويشترط عتقهما معاً ، بأن يؤكلا من يعتقه عنهما ، أو يؤكلا أحدهما الآخر في عتق نصيبه ، أو^(٣) يتلفظا به معاً ؛ لأنه لو سبق أحدهما صاحبه عتق عليه جميعه ، على ما ذكرنا . ويشترط اليسار أيضاً فيهما ، فإن كان أحدهما مؤسراً وحده ، قُومَ عليه نصيب من لم يعتق ؛ لأن المؤسّر لا يسرى عتقه ، فيكون الضمان على المؤسّر خاصة ، فإن كان أحدهما مؤسراً ببعض ما يخصه ، قُومَ عليه ذلك القدر ، وباقيه على الآخر ، مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس ، فيقوم عليه ، ويقوم الربع على صاحب النصف ، ويصير ولاؤه بينهم أربعاً ؛ لصاحب السدس رُبْعُهُ ، وباقيه

فائدة : يُتَصَوَّرُ عِتْقُهُمَا مَعاً فِي صُورٍ ؛ مِنْهَا ، أَنْ يَتَّفَقَ لَفْظُهُمَا بِالْعِتْقِ فِي آنٍ وَاحِدٍ . وَمِنْهَا ، أَنْ يُعْلَقَاهُ عَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ . وَمِنْهَا ، أَنْ يُؤْكَلَا شَخْصًا يُعْتَقُ عَنْهُمَا ، أَوْ يُؤْكَلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ .

(١) في م : « صار » .

(٢) في م : « و » .

المقنع وإذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو مؤسر ، سرى إلى باقيه ،
في أحد الوجهين .

الشرح الكبير لمعتق النصف ؛ لأنه لو كان أحدهما معسراً قوم الجميع على الآخر ، فإذا
كان مؤسراً ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف ؛ لأنه مؤسر ، وفيه
اختلاف ذكرناه من قبل .

٢٩٢٥ - مسألة : (وإذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو مؤسر ،
سرى إلى باقيه ، في أحد الوجهين) ذكره القاضى . وهو [٩/٦ و] قول
الشافعى ؛ لأنه تقويمٌ مُتلفٌ ، فاستوى فيه المسلم والكافر ، كتقويم
المُتلفات . والوجه الثانى ، لا يسرى . ذكره أبو الخطاب ؛ لأن فيه تقدير
المملك ، والكافر لا يجوز أن يملك المسلم . والأول أصح ، إن شاء الله
تعالى .

الإنصاف قوله : وإذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو مؤسر ، سرى إلى باقيه ، في أحد
الوجهين . وهو المذهب . صححه فى « التّصحيح » ، والمُصنّف ، والشارح ،
والناظم . قال فى « الفائق » : سرى إلى سائرهِ فى أصحّ الوجهين . وجزم به فى
« الوجيز » . وقدمه فى « الرّعاية الصّغرى » ، و « شرح ابن رزّين » . والوجه
الثانى ، لا يسرى . ذكره أبو الخطاب فمّن بعده . قال ابن رزّين : وليس بشىء .
وأطلقهما فى « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المُستوعب » ،
و « الخلاصة » ، و « المُحرّر » ، و « الفروع » ، و « الحاوى الصّغير » .
وتقدّم فى كتاب البّيع ، هل يصحُّ شراء الكافر مسلماً يعتق عليه بالرحم ، أم لا ؟

وَإِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَهُ أَغْتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُ ، ^{المقنع} وَهُمَا مُوسِرَانِ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا لِاعْتِرَافِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحُرِّيَّتِهِ ، وَصَارَ مُدَّعِيًّا عَلَى شَرِيكَهِ قِيَمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ . وَلَا وَلَاً عَلَيْهِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا .

الشرح الكبير

٢٩٢٦ - مسألة : (وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَهُ أَغْتَقَ نَصِيبَهُ وَهُمَا مُوسِرَانِ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا بِاعْتِرَافِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِحُرِّيَّتِهِ ^(١)) ، وَصَارَ مُدَّعِيًّا عَلَى شَرِيكَهِ قِيَمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ . وَلَا وَلَاً عَلَيْهِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الشَّرِيكَيْنِ الْمُوسِرَيْنِ إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ شَرِيكَهُ أَغْتَقَ نَصِيبَهُ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعْتَرِفٌ بِحُرِّيَّةِ نَصِيبِهِ ، شَاهِدٌ

وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الْوَلَاءِ ؛ إِذَا قَالَ الْكَافِرُ لِرَجُلٍ : أَغْتَقَ عَبْدَكَ الْمُسْلِمَ عَنِّي وَعَلَى ثَمَنِهِ . ^{الإنصاف} هَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا ؟

فائدة : لو قال : أُغْتَقْتُ نَصِيبَ شَرِيكِي . كان لغوا . ولو قال : أُغْتَقْتُ النِّصْفَ . انصرفت إلى ملكه ، ثم سرى ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ أَرَادَ نَصِيبَهُ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، فِي دَارٍ بَيْنَهُمَا ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : بِعْتُكَ نِصْفَ هَذِهِ الدَّارِ . لَا يَجُوزُ ، إِنَّمَا لَهُ الرَّبْعُ مِنَ النِّصْفِ ، حَتَّى يَقُولَ : نَصِيبِي . وَلَوْ وَكَّلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَأَغْتَقَ نِصْفَهُ وَلَا نِيَّةً ، فَفِي صَرْفِهِ إِلَى نَصِيبِ مُوَكَّلِهِ ، أَمْ نَصِيبِهِ ، أَمْ إِلَيْهِمَا ، اِحْتِمَالَاتٌ فِي « الْمُعْنَى » . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : الصَّوَابُ عِتْقُ نَصِيبِهِ لَا غَيْرُ . قوله : وَإِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَهُ أَغْتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُ ، وَهُمَا

(١) زيادة من : الأصل .

المقنع وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ لَمْ يَعْتَقْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

الشرح الكبير على شريكه بخرية نصفه الآخر ؛ لأنه يقول لشريكه : أَعْتَقْتَ نَصِيْبَكَ ، فَسَرَى الْعَتَقُ إِلَى نَصِيْبِي ، فَعَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْكَ ، وَلَزِمَكَ لِي قِيَمَةُ نَصِيْبِي . فَصَارَ الْعَبْدُ حُرًّا ؛ لِاعْتِرَافِهِمَا بِخُرِّيَّتِهِ ، وَبَقِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي قِيَمَةَ حِصَّتِهِ عَلَى شَرِيكِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ حُكِمَ لَهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ وَبَرَّأ . فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا قُضِيَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَكَلَا جَمِيعًا تَسَاقَطَ حَقُّهُمَا ؛ لِتَمَاطُلِهِمَا . وَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ . وَلَا فَرْقَ فِي هَذِهِ الْحَالِ بَيْنَ الْعَدْلَيْنِ وَالْفَاسِقَيْنِ ، وَالْمُسْلِمَيْنِ وَالْكَافِرَيْنِ ؛ لِتَسَاوِي الْعَدْلِ وَالْفَاسِقِ ، وَالْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ ، فِي الْاعْتِرَافِ وَالِدَّعْوَى . فَإِنْ اعْتَرَفَ أَحَدُهُمَا بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ ثَبَتَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُسْتَحِقَّ لَهُ سِوَاهُ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ لِإِنْكَارِهِ لَهُ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ بِهِ زَالَ الْإِنْكَارُ ، فَثَبَتَ لَهُ ، وَلَزِمَتْهُ قِيَمَةُ نَصِيْبِ صَاحِبِهِ^(١) لِاعْتِرَافِهِ بِهَا .

٢٩٢٧ - مسألة : (وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ لَمْ يَعْتَقْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا)
لأنه ليس في دعوى أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه اعتراف بخرية

الإنصاف مُوسِرَانِ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا لِاعْتِرَافِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخُرِّيَّتِهِ ، وَصَارَ مُدْعِيًّا عَلَى شَرِيكِهِ قِيَمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ ، وَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ ، لَمْ يَعْتَقْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا . بَلَايِزَاعٍ أَعْلَمُهُ . لَكِنْ لِلْعَبْدِ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيَعْتَقَ جَمِيعَهُ ، أَوْ مَعَ أَحَدِهِمَا ، وَيَعْتَقَ نِصْفَهُ ، إِذَا قُلْنَا : إِنَّ [١٤١/٣ و] الْعَتَقُ يَثْبُتُ

(١) في م : « شريكه » .

نَصِيهِه ، وَلَا ادْعَاءُ اسْتِحْقَاقٍ قِيمَتِهَا عَلَى الْمُعْتَقِ ؛ لَكُونَ ^(١) عِتْقِ الْمُعْسِرِ لَا يَسْرَى إِلَى غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ فِي دَعْوَاهُ أَكْثَرُ مِنْ أَنَّهُ شَاهِدٌ عَلَى صَاحِبِهِ بِإِعْتَاقِ نَصِيهِه ، فَإِنْ كَانَا فَاسِقَيْنِ فَلَا أَثَرَ لِكَلَامِهِمَا فِي الْحَالِ ، وَلَا عِبْرَةَ بِقَوْلِهِمَا ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَدْلِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ كَانَا عَدْلَيْنِ فَشَهَادَتُهُمَا مَقْبُولَةٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَجُزُّ إِلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَذْفَعُ عَنْهَا ضَرَرًا ، وَقَدْ حَصَلَ لِلْعَبْدِ بِحُرِّيَّةِ كُلِّ نِصْفٍ مِنْهُ شَاهِدٌ عَدْلٍ . فَإِنْ حَلَفَ مَعَهُمَا عَتَقَ كُلَّهُ ، وَإِنْ حَلَفَ مَعَ أَحَدِهِمَا عَتَقَ نِصْفَهُ ، عَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : إِنَّ الْعِتْقَ يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ . وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ لَمْ يَعْتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَحْصُلُ بِشَاهِدٍ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَدْلًا دُونَ الْآخَرِ ، فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ شَهَادَةِ الْعَدْلِ ، وَيَصِيرُ نِصْفُهُ حُرًّا ، وَيَبْقَى ^(٢) الْآخَرُ رَقِيْقًا .

فصل : وَمَنْ قَالَ بِالْإِسْتِسْعَاءِ فَقَدْ اعْتَرَفَ بِأَنَّ نَصِيْهَهُ خَرَجَ عَنْ يَدِهِ ، فَيَخْرُجُ الْعَبْدُ كُلُّهُ ، وَيُسْتَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ ؛ لِاعْتِرَافِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِذَلِكَ فِي نَصِيْهِهِ .

بشاهدٍ ويَمِينٍ . وَكَانَ عَدْلًا عَلَى مَا يَأْتِي . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، لَا يُصَدَّقُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ . وَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » ، وَعَلَّلَهُ بِأَنَّهُمَا خَصْمَانِ ، وَلَا شَهَادَةَ لِحَضَمٍ عَلَى خَضَمِهِ .

(١) فِي م : « لَكِنْ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، عَتَقَ حَيْثُذِ وَلَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَعْتَقُ جَمِيعُهُ .

٢٩٢٨ - مسألة : (وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ عَتَقَ) عليه (وَلَمْ يَسْرِ إِلَى) النَّصْفِ [٩/٦ ط] الذي كان له ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ حَصَلَ بِاعْتِرَافِهِ بِحُرِّيَّتِهِ بِاعْتِاقِ شَرِيكِهِ ، وَلَا يَثْبُتُ لَهُ عَلَيْهِ وَلَاؤٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْعِي إِعْتَاقَهُ ، بَلْ يَعْتَرِفُ بِأَنَّ الْمُعْتَقَ غَيْرُهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ مُخْلَصٌ لَهُ مِمَّنْ يَسْتَرْقُهُ ظُلْمًا ، فَهُوَ كَمُخْلَصِ الْأَسِيرِ مِنْ أَيْدِي الْكُفَّارِ (وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ) يَسْرِى ؛ لِأَنَّهُ شَرَاءٌ حَصَلَ بِهِ الْإِعْتَاقُ ، فَأُشْبِهَ شَرَاءَ بَعْضٍ وَلَدِهِ . فَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ فِي شَهَادَتِهِ عَلَى شَرِيكِهِ لِيَسْتَرْقَ مَا اشْتَرَاهُ مِنْهُ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ^(١) ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ عَنِ الْإِقْرَارِ بِالْحُرِّيَّةِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدِهِ ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ . وَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ إِنْ أَعْتَقَهُ ؟ فِيهِ اخْتِمَالَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَثْبُتُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَالثَّانِي ، يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ عَلَى الْعَبْدِ وَلَاؤًا ، وَلَا يَدْعِيهِ أَحَدٌ سِوَاهُ ، وَلَا يُنَازِعُهُ فِيهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَإِنْ اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ صَارَ الْعَبْدُ كُلُّهُ حُرًّا ، وَلَا وَلَاؤَ عَلَيْهِ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا . فَإِنْ أَعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا اشْتَرَاهُ ، ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ

قوله : وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، عَتَقَ حَيْثُذِ وَلَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِهِ . يَعْنِي إِذَا كَانَا مُعْسِرَيْنِ ، أَوْ كَانَ الْبَائِعُ وَخَذَهُ مُعْسِرًا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١) سقط من : م .

في شهادته ، فهل يثبت له ولأء ما اعتقه ؟ على وجهين . وإن أقر كل واحدٍ منهما بأنه كان اعتق نصيبه ، وصدق الآخر في شهادته ، بطل البيعان ، وثبت لكل واحدٍ منهما الولاء على نصفه ؛ لأن أحدا لا ينازع فيه ، وكل واحدٍ منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء . (١) ويحتمل أن يثبت الولاء لهما (٢) وإن لم يكذب واحدٌ منهما نفسه ؛ لأننا نعلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما ، وأنه بينهما ؛ إما بالعتق الأول ، وإما بالثاني ؛ لأنهما إن كانا صادقين في شهادتهما ، فقد ثبت الولاء لكل واحدٍ منهما على النصف الذي اعتقه أولاً ، وإن كانا كاذبين ، فقد اعتق كل واحدٍ منهما نصفه بعد أن اشتراه ، وإن كان أحدهما صادقاً والآخر كاذباً ، فلا ولأء للصادق منهما ؛ لأنه لم يعتق النصف الذي كان له أولاً (٣) ، ولا صح عتقه في الذي اشتراه ؛ لأنه كان حراً قبل شرائه ، والولأء كله للكاذب ؛ لأنه اعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه ، وكل واحدٍ منهما يساوى صاحبه في الاحتمال ، فيقسم بينهما .

و « الحاوى الصغير » ، و « الفروع » ، وغيرهم . وقال أبو الخطاب : يعتق جميعه . قال الناطم : وليس ببعيد . وأطلقهما في « الفائق » . فعلى قول أبى الخطاب ، لا ولأء له فيما اشتراه مطلقاً ، على الصحيح من المذهب . قدمه في « الرعاية » . وقيل : له ولأؤه كله ، إن أكذب نفسه .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

فصل : وكل من شهد على سيّد عبد بعث عبد غيره ثم اشتراه ، عتق عليه . وإن شهد اثنان عليه بذلك فردّت شهادتهما ، ثم اشترياه أو أحدهما ، عتق . وبهذا قال مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وابن المنذر . وهو قياس قول أبي حنيفة . ولا يثبت للمشتري ولأهله على العبد ؛ لأنه لا يدعيه ، ولا للبائع ؛ لأنه ينكر عتقه . ولو كان العبد بين شريكين ، فادّعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه ، وكانا موسرّين ، فعتق عليهما ، أو كانا مُعسرّين عدلين ، فحلف العبد مع كل واحد منهما ، [١٠/٦] ^(١) وعتق ، أو شهد مع كل واحد منهما عدل آخر ^(٢) وعتق العبد ، أو ادّعى عبد أن سيّده أعتقه ؛ فأنكر وقامت البيّنة بعتقه ، عتق . ولا ولأهله على العبد في هذه المواضع كلها ؛ لأن أحدا لا يدعيه ، ولا يثبت لأحد حق ^(٣) ينكره ، فإن عاد من ^(٤) يثبت له عتاقه ^(٣) فاعترف به ، ثبت له الولاء ؛ لأنه لا مستحق له سواه ، وإنما لم ^(٤) يثبت له لإنكاره له ، فإذا اعترف زال الإنكار وثبت له . وأما الموسران إذا عتق عليهما ، فإن صدّق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وحده ، أو أنه سبق بالعتق ، فالولاء له ، وعليه غرامة نصيب الآخر . وإن اتفقا على أن كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة

(١ - ١) زيادة من : الأصل .

(٢) في الأصل : « حتى » .

(٣ - ٣) في م : « ثبت إعتاقه » .

(٤) سقط من : الأصل .

وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُعْسِرِ
وَحَدَهُ .

الشرح الكبير فالولاء بينهما . وإن ادَّعى كل واحدٍ منهما أنه المُعتقُ وحده ، أو أنه السابق ، فأنكر الآخر ، تحالفا ، والولاء بينهما نصفين .

٢٩٢٩ - مسألة : (وإن كان أحدهما موسرًا والآخر مُعسرًا ، عتق نصيب المُعسر وحده) لاغترافه بأن نصيبه قد صار حُرًّا بإعتاق شريكه الموسر الذي يسرى عتقه ، ولم يعتق نصيب الموسر ؛ لأنه يدعى أن المُعسر الذي لا يسرى عتقه أعتق نصيبه ، فعتق وحده . ولا تقبل شهادة المُعسر عليه ؛ لأنه يجرُّ إلى نفسه نفعًا ، لكونه يوجب^(١) عليه بشهادته قيمة حصته . فعلى هذا ، إن لم تكن للعبد بينة سواه ، حلف الموسر وبرئ من القيمة والعتق جميعًا ، ولا ولاء للمُعسر في نصيبه ؛ لأنه لا يدعيه ، ولا للموسر أيضًا ؛ لذلك . فإن عاد المُعسر فأعتقه وادَّعاه ، ثبت له . وإن أقرَّ الموسر بإعتاق نصيبه ، وصدق المُعسر ، عتق نصيبه أيضًا ، وعليه غرامة نصيب المُعسر ، ويثبت له الولاء . وإن كان للعبد بينة تشهد بإعتاق الموسر ، وكانت عدلين ، ثبت العتق ، وجبت القيمة للمُعسر عليه . وإن كانت عدلًا واحدًا ، وحلف العبد معه ، ثبت العتق في إحدى الروايتين . والآخرى ، لا يثبت العتق ، وللمُعسر أن يخلف معه ، ويستحق قيمة نصيبه ، سواء حلف العبد أو لم يخلف ؛ لأن الذي يدعيه

الإنصاف

(١) في م : « يجب » .

وَإِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ : إِذَا أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ فَنَصِيْبِي حُرٌّ . فَأَعْتَقَ
الْأَوَّلُ وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْهِ .

مَا لَمْ يُقْبَلْ فِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَهٗ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ ، وَأَنْكَرَ
الْآخَرُ ، وَكَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُوسِرًا ، عَتَقَ نَصِيْبُ الْمُدَّعَى وَحْدَهُ ؛
لَا غَيْرَافَهُ بِحُرِّيَّتِهِ بِسِرَايَةِ عِتْقِ شَرِيكَهٗ ، وَصَارَ مُدَّعِيًا نِصْفَ الْقِيَمَةِ عَلَى
شَرِيكَهٗ ، وَلَا يَسْرِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْتَرَفُ أَنَّهُ الْمُعْتَقُ لَهُ ، وَإِنَّمَا عَتَقَ بِاعْتِرَافِهِ
بِحُرِّيَّتِهِ ، لَا بِاعْتِقَافِهِ لَهُ ، وَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ ؛ لِإِنْكَارِهِ لَهُ . قَالَ الْقَاضِي : وَوَلَاؤُهُ
مَوْقُوفٌ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَدْلًا لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي نِصْفَ قِيَمَتِهِ
عَلَى شَرِيكَهٗ ، فَيَجْرُ بِشَهَادَتِهِ إِلَيْهِ نَفْعًا ، وَمَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةٍ يَجْرُ بِهَا إِلَيْهِ
نَفْعًا ، بَطَلَتْ كُلُّهَا . وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُعْسِرًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ
[١٠/٦ ظ] مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا يَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ . فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَدْلًا ، حَلَفَ
الْعَبْدُ مَعَ شَهَادَتِهِ ، وَصَارَ نِصْفُهُ حُرًّا . وَقَالَ حَمَادٌ : إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ
مُوسِرًا سَعَى لَهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى لَهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ
مُعْسِرًا اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ ، وَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا فَوَلَاءُ نِصْفِهِ
مَوْقُوفٌ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ أَنَّهُ أَعْتَقَ اسْتَحَقَّ الْوَلَاءُ ، وَإِلَّا كَانَ الْوَلَاءُ لِكَيْتِ الْمَالِ .
٢٩٣٠ - مَسْأَلَةٌ : (وَإِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ : إِذَا أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ
فَنَصِيْبِي حُرٌّ . فَأَعْتَقَ الْأَوَّلُ وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْهِ) هَذَا اخْتِيَارُ

قوله : وَإِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ : إِذَا أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ فَنَصِيْبِي حُرٌّ . فَأَعْتَقَ الْأَوَّلُ

وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا عَتَقَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَهُ .

الشرح الكبير

الأصحاب ، أَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَى الْأَوَّلِ ، وَيَقْوَمُ عَلَيْهِ نَصِيبُ الشَّرِيكِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَلَا يَقَعُ إِعْتَاقُ شَرِيكِه ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ سَبَقَتْ ، فَمَنَعَتْ عِتْقَ الشَّرِيكِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ عِتْقَ نَصِيبِهِ سَبَبٌ لِلْسَّرَايَةِ وَشَرْطٌ لِعِتْقِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، فَلَمْ يَسْبِقْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ لَوْ جُودَهُمَا فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ . وَقَدْ يُرْجَحُ وَقُوعُ عِتْقِ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ ، وَالسَّرَايَةُ تَقَعُ فِي غَيْرِ مِلْكٍ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ، فَكَانَ نَفْوذُ عِتْقِ الشَّرِيكِ أَوْلَى . وَلِأَنَّ سِرَايَةَ الْعِتْقِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ؛ لَكَوْنِهَا إِتْلَافًا لِمِلْكِ الْمَعْصُومِ بِغَيْرِ رِضَاهِ ، وَإِلْزَامًا لِلْمُعْتَقِ غَرَامَةً لَمْ يَلْتَزِمْهَا بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ لِمَصْلَحَةِ تَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، فَإِذَا حَصَلَتْ هَذِهِ الْمَصْلَحَةُ بِإِعْتَاقِ الْمَالِكِ^(٢) ، كَانَ أَوْلَى .

٢٩٣١ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا) لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهِ إِلَّا نَصِيبَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ عِتْقَ الْمُعْسِرِ لَا يَسْرِي إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِه ، وَيَعْتَقُ نَصِيبُ شَرِيكِه بِالشَّرْطِ .

وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْهِ^(٣) . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَه الْإِنصَافُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . وَقِيلَ : يَعْتَقُ عَلَيْهِمَا . وَهُوَ احْتِمَالٌ لِلْمُصَنِّفِ .

(١) فِي : الْمَغْنَى ٣٥٧/١٤ .

(٢) فِي م : « الْمَلِك » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ط ، أ .

وَإِنْ قَالَ : إِذَا أُعْتِقْتَ نَصِيكَ فَنَصِييَ حُرٌّ مَعَ نَصِيكَ . فَأُعْتَقَ نَصِيَّهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا [١٩٢ ط] مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا .

٢٩٣٢ - مسألة : (وإن قال : إِذَا أُعْتِقْتَ نَصِيكَ فَنَصِييَ حُرٌّ مَعَ

نَصِيكَ . فَأُعْتَقَ نَصِيَّهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا) ولم يلزم الْمُعْتَقُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ وَجَدَ مِنْهُمَا مَعًا ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَكَّلَا رَجُلًا فِي إِعْتَاقِهِ عَنْهُمَا « فَأُعْتَقَهُ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ » . وَقِيلَ : يَغْتَقِ كُلُّهُ عَلَى الْمُعْتَقِ ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَ نَصِيهِ شَرْطُ عِتْقِ نَصِيْبِ شَرِيكِهِ ، فَيُلْزَمُ أَنْ يَكُونَ سَابِقًا عَلَيْهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنُ الْعَمَلُ بِمُقْتَضَى شَرْطِهِ ، فَوَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : فإن قال : إِذَا أُعْتِقْتَ نَصِيكَ فَنَصِييَ حُرٌّ قَبْلَ إِعْتَاقِكَ . وَقَعَا مَعًا إِذَا أُعْتَقَ نَصِيَّهُ . هَذَا مُقْتَضَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي . وَمُقْتَضَى قَوْلِ ابْنِ عَقِيلٍ ، أَنْ يَغْتَقِ كُلُّهُ عَلَى الْمُعْتَقِ ، وَلَا يَقَعُ إِعْتَاقُ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ فِي زَمَنِ مَاضٍ . وَمُقْتَضَى قَوْلِ ابْنِ سُرَيْجٍ ^(١) وَمَنْ وَافَقَهُ ، مِمَّنْ قَالَ بِسِرَايَةِ الْعِتْقِ ، أَنْ لَا يَصَحَّ إِعْتَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُلْزَمُ مِنْ عِتْقِهِ ^(٢) نَصِيَّهُ تَقَدُّمُ

قوله : وَإِذَا قَالَ : إِذَا أُعْتِقْتَ نَصِيكَ فَنَصِييَ حُرٌّ مَعَ نَصِيكَ . فَأُعْتَقَ نَصِيَّهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَصَحُّ عِتْقُهُ عَلَيْهِمَا . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : قَالَ أَصْحَابُنَا . قَالَ الشَّارِحُ : وَهَذَا أَوْلَى .

(١-١) في م : « فَأُعْتَقَهُمَا » .

(٢) في الأصل ، م : « شَرِيح » .

(٣) في م : « عَتَق » .

عَتَقَ الشَّرِيكَ وَسَرَائِثُهُ ، فَيَمْتَنِعُ إِعْتَاقُ نَصِيبِ هَذَا ، وَيَمْتَنِعُ عَتَقُ نَصِيبِ الشَّرِيكَ ، وَيُفْضَى إِلَى الدَّوْرِ ، فَيَمْتَنِعُ الْجَمِيعُ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : إذا كان لرجل نصفُ عبدَيْنِ مُتساوَيْنِ فِي الْقِيَمَةِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمَا ، فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا فِي صِحَّتِهِ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُوسِرٌ بِالنِّصْفِ الَّذِي لَهُ مِنَ الْعَبْدِ الْآخَرِ ، فَإِنْ أَعْتَقَ النِّصْفَ الْآخَرَ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ [١١/٦ و] وَجُوبَ الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّتِهِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ عَتَقِهِ ، وَلَمْ يَسِرْ ؛ لِأَنَّهُ مُعْسِرٌ . وَإِنْ أَعْتَقَ الْأَوَّلَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، لَمْ يَسِرْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْفُذُ عَتَقُهُ فِي ثُلْثِ مَالِهِ ، وَثُلْثُ مَالِهِ هُوَ الثُّلُثُ مِنَ الْعَبْدِ الَّذِي أَعْتَقَ نِصْفَهُ ، وَإِذَا أَعْتَقَ الثَّانِيَّ وَقَفَ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ . فَإِنْ أَعْتَقَ الْأَوَّلَ فِي صِحَّتِهِ وَأَعْتَقَ الثَّانِيَّ فِي مَرَضِهِ ، لَمْ يَنْفُذْ عَتَقُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا يَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، فَيَمْنَعُ صِحَّةَ عَتَقِهِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ .

فصل : إذا شهد شاهدان على رجلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ شَرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ فَسَرَى إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكَ ، وَغَرِمَ لَهُ قِيَمَةُ نَصِيبِهِ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنِ الشَّهَادَةِ ، غَرِمَا قِيَمَةَ الْعَبْدِ جَمِيعِهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : تَلَزَمُ لَهُمَا غَرَامَةُ نَصِيبِهِ ، دُونَ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَشْهَدَا إِلَّا بِعَتَقِ نَصِيبِهِ ، فَلَمْ تَلَزَمْ لَهُمَا غَرَامَةُ

وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، الْإِنْصَافِ وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَغْتَقُ كُلُّهُ عَلَى الْمُعْتَقِ الْأَوَّلِ .

ما سواه . ولنا ، أنهما فَوْتَا عليه نَصِيْبَهُ وَقِيْمَةَ نَصِيْبِ شَرِيْكِهِ ، فَلَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ فَوْتَاهُ بِفَعْلِهِمَا ، وَكَمَا لَوْ شَهِدَا عَلَيْهِ بِجُرْحٍ ثُمَّ سَرَى الْجُرْحُ وَمَاتَ الْمَجْرُوحُ فَضَمِنَ الدِّيَّةَ ثُمَّ رَجَعَا عَنْ شَهَادَتِهِمَا .

الشرح الكبير

فصل : وإن شهد شاهدان على ميت بعثق عبد^(١) في مرض موته ، وهو ثلث ماله ، فحكم الحاكم بشهادتهما ، وعثق العبد ، ثم شهد آخران بعثق آخر ، وهو ثلث ماله ، ثم رجع الأولان عن الشهادة ، نظرنا في تاريخ شهادتهما ؛ فإن كانت سابقة ولم يكذب الورثة رُجوعهما ، عثق الأول ، ولم يقبل رُجوعهما ، ولم يغرم شيئاً . ويحتمل أن يلزمهما شراء الثاني وإعتاقه ؛ لأنهما منعا عثقه بشهادتهما المَرْجُوع عنها . وإن صدقوهما في رُجوعهما وكذبوهما في شهادتهما ، عثق الثاني ، ورجعوا عليهما بقيمة الأول ؛ لأنهما فوتا رقه عليهم بشهادتهما المَرْجُوع عنها ، وإن كان تاريخهما^(٢) متأخراً عن الشهادة الأخرى بطل^(٣) عثق المحكوم بعثقه ؛

فوائد : إحداهما ، وكذا الحكم والخلاف والمذهب ، فيما إذا قال : إذا عثقت نصيبك ، فنصيبى حر قبل إعتاقك . قاله في « الفروع » . وقيل : يعتق جميعه على صاحب الشرط بالشرط ، ويضمن حق شريكه . اختاره في « المستوعب » . ومع إعسارهما يعتق عليهما . الثانية ، لو قال لأمتي : إن صليت مكشوفة الرأس ، فانت حرة قبله . فصلت كذلك ، عثقت . على الصحيح من المذهب . قدمه في

الإنصاف

(١) في الأصل : « عثق » .

(٢) في الأصل : « تاريخهما » .

(٣) بعده في م : « حكم » .

فَصْلٌ : وَيَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالصِّفَاتِ ؛ كَدُخُولِ الدَّارِ ،
وَمَجِئِ الْأَمْطَارِ . وَلَا يَمْلِكُ إِبْطَالُهَا بِالْقَوْلِ . وَلَهُ بَيْعُهُ وَهَبَتُهُ
وَوَقْفُهُ ، وَغَيْرُ ذَلِكَ ، فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَتِ الصِّفَةُ .

الشرح الكبير

لأننا تبيننا أن الميت قد اعتق ثلث ماله قبل إعتاقه ، ولم يعرَم الشاهدان شيئاً ؛
لأنهما ما فوتا شيئاً ، وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما ، أو اتفق تاريخهما ،
أقرع بينهما ، فإن خرجت على الثاني عتق ، وبطل عتق الأول ، ولا شيء
على الشاهدين ؛ لأن الأول باقٍ على الرق ، وإن خرجت قرعة الأول عتق ،
ونظرنا في الورثة ، فإذا كذبوا الشاهدين الأولين في شهادتهما عتق الثاني ،
ورجعوا على الشاهدين بقيمة الأول ؛ لأنهما فوتا رقه بغير حق . وإن
كذبوها في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء ؛ لأنهم يقرّون بعتق
المحكوم بعتقه .

فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وَيَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالصِّفَاتِ ؛
كَدُخُولِ الدَّارِ ، وَمَجِئِ الْأَمْطَارِ) لأنه عتق بصفة ، فصَحَّ ، كالتدبير ،

الإنصاف

« الفروع » ، و « الرعاية الكبرى » ، ذكره آخر الباب ، وقال : صلاة
صحيحة . وقيل : لا تعتق . جزم به أبو المعالي ؛ لبطلان الصفة بتقدم
المشروط . الثالثة ، لو قال : إن أقررت بك لزيد ، فانت حر قبله . فأقر له به ،
صح إقراره فقط . الرابعة ، لو قال : إن أقررت بك له ، فانت حر ساعة إقرارى .
لم يصح الإقرار ولا العتق .

قوله : وَيَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالصِّفَاتِ ؛ كَدُخُولِ الدَّارِ ، وَمَجِئِ الْأَمْطَارِ . وَلَا
يَمْلِكُ إِبْطَالُهَا بِالْقَوْلِ . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب قاطبةً ، وأكثرهم قطع به .

وإذا عَلَّقَ عِتْقَهُ عَلَى مَجِئِ وَقْتٍ ، كَقَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ فِي رَأْسِ الْحَوْلِ .
 لَمْ يَعْتِقْ حَتَّى يَأْتِيَ^(١) رَأْسُ الْحَوْلِ (وَلَهُ بَيْعُهُ ، وَهَبَتُهُ) وَإِجَارَتُهُ ، وَوَطْءُ
 الْأُمَةِ ، كَالْتَذْيِيرِ . وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . قَالَ
 أَحْمَدُ : إِذَا قَالَ لِعُلامِهِ : أَنْتَ حُرٌّ إِلَى أَنْ يَقْدَمَ فُلَانٌ ، وَمَجِئِ^(٢) فُلَانٍ .
 وَاحِدٌ^(٣) ، وَ : إِلَى رَأْسِ السَّنَةِ ، وَإِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ . إِنَّمَا يُرِيدُ إِذَا جَاءَ
 رَأْسُ السَّنَةِ ، أَوْ جَاءَ رَأْسُ الْهِلَالِ . وَإِذَا قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ إِذَا جَاءَ الْهِلَالُ .
 إِنَّمَا تَطْلُقُ^(٤) إِذَا جَاءَ رَأْسُ الْهِلَالِ . وَقَالَ إِسْحَاقُ كَمَا قَالَ أَحْمَدُ . وَحَكِيَ
 عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ : إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ فِي رَأْسِ الْحَوْلِ . عَتَقَ فِي
 الْحَالِ . وَالَّذِي حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْهُ ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ جَارِيَةً لَمْ يَطْأُهَا ؛
 لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا ، وَلَا يَهَبُهَا ، وَلَا يَبِيعُهَا ، وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ
 الْوَقْتِ كَانَتْ حُرَّةً عِنْدَ الْوَقْتِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ
 لَا يَطْأُهَا ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ غَيْرُ تَامٍ عَلَيْهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ أَبِي ذَرٍّ ،
 أَنَّهُ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ عَتِيقٌ إِلَى رَأْسِ الْحَوْلِ^(٥) . فَلَوْلَا أَنَّ الْعِتْقَ يَتَعَلَّقُ

الإِنْصَافِ وَذَكَرَ فِي « الْإِنْصَارِ » ، وَ « الْوَاضِحِ » ، أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ فَسْخُهُ . وَيَأْتِي ذَلِكَ وَغَيْرُهُ
 فِي أَوَّلِ بَابِ تَعْلِيقِ الطَّلَاقِ بِالشُّرُوطِ .

قَوْلُهُ : وَلَهُ بَيْعُهُ وَهَبَتُهُ وَوَقْفُهُ ، وَغَيْرُ ذَلِكَ . وَلَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْءُ أَمَتِهِ بَعْدَ تَعْلِيقِ

(١) فِي م : « يَجِئُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « يَرِيدُ » .

(٤) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ : لَا يَطْلُقُ حَتَّى يَحِلَّ الْأَجَلُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ٢٩/٥

بِالْحَوْلِ لَمْ يُعَلِّقْهُ عَلَيْهِ ، وَلَأنَّهُ عَلَّقَ الْعِنُقَ بِصِفَةٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِذَا أَدَيْتَ إِلَى أَلْفَا فَأَنْتَ حُرٌّ . وَاسْتِحْقَاقُهُ لِلْعِنُقِ لَا يَمْنَعُ إِبَاحَةَ الْوَطْءِ ، كَالِاسْتِيلَادِ . فَأَمَّا الْمُكَاتَبَةُ ، فَإِنَّمَا لَمْ يُيَحَّ وَطْؤُهَا ؛ لِأَنَّهَا اشْتَرَتْ نَفْسَهَا مِنْ سَيِّدِهَا بِعَوَضٍ ، وَزَالَ مِلْكُهُ عَنْ اِكْتِسَابِهَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَمتى جَاءَ الْوَقْتُ وَهُوَ فِي مِلْكِهِ عَتَقَ بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . فَإِنْ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ بِيْنَعٍ أَوْ مِيرَاثٍ ، لَمْ يَعْتَقِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ فَعَلْتَ كَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ . فَبَاعَهُ بَيْعًا صَحِيحًا ، ثُمَّ فَعَلَ ذَلِكَ ، عَتَقَ وَانْتَقَضَ الْبَيْعُ . قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : إِذَا حَلَفَ بِالطَّلَاقِ لَا كَلَّمْتُ فُلَانًا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلَاقًا بَائِنًا ، ثُمَّ كَلَّمَهُ ، حَنِثَ . وَعَامَّةُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى خِلَافٍ « هَذَا الْقَوْلُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا طَلَاقَ وَلَا عَتَاقَ وَلَا بَيْعَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ » (١) . وَلَأنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ ، فَلَمْ يَقْعُ طَلَاقُهُ وَعَتَاقُهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ مُتَقَدِّمٌ .

عَتَقَهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَطْؤُهَا .

فائدة : لَا يَعْتَقُ قَبْلَ كَمَالِ الصِّفَةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَخَرَّجَ الْقَاضِي رِوَايَةً مِنَ الْأَيْمَانِ بِالْعِنُقِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهُوَ ضَعِيفٌ . قَالَ النَّاطِلُ : لَا يُعْبَأُ بِمَا فِي « الْمُجَرَّدِ » . وَرَدَّهُ الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ مِنْ خَمْسَةِ أَوْجُهٍ .

(١ - ١) فِي م : « لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ » .

(٢) تَقْدِمْ تَخْرِيجُهُ فِي ٣٢٣/١١ .

فصل : وإذا قال لعبدِه : إن لم أضربك عشرة أسواطٍ فأنت حرٌّ . ولم ينوِ وقتًا بعينه ، لم يعتق حتى يموت ، وإن باعه قبل ذلك صحَّ بيعه ، ولم يُفسخ ، في قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : ليس له بيعه ، فإن باعه فسخ البيع . ولنا ، أنه باعه قبل وجود الشرط ، فلم يفسخ ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حرٌّ . وباعه قبل دخولها .

٢٩٣٣ - مسألة : وإذا علّق عتق عبده بشرط ، كقوله : إن أدّيت إلى ألفاً فأنت حرٌّ . أو : إن دخلت الدار فأنت حرٌّ . فهي صفة لازمة ، ألزمها نفسه (ولا يملك إبطالها بالقول) قياساً على التذّر ، ولذلك إن اتفق السيّد والعبد على إبطالها لم تبطل ؛ لذلك . ولو أبرأه السيّد من الألف لم يعتق بذلك ، ولم يبطل التعليق ؛ لأنه لا حق له في ذمته يُبرئه منه .

فصل : ولا يعتق قبل وجود الصّفة بكمالها ، ^(١) كالجعل في الجعالة ^(٢) ، فلو قال لعبدِه : إذا أدّيت إلى ألفاً فأنت حرٌّ . لم يعتق حتى يؤدي الألف جميعها . وذكر القاضي أن من أضلنا أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها ، كما لو قال : أنت حرٌّ إن أكلت رغيفاً . فأكل نصفه . ولا يصح ذلك لوجوه ؛ أحدها ، أن أداء الألف شرط العتق ، [١٢/٦] وشروط الأحكام يُعتبر وجودها بكمالها لثبوت الأحكام ، وتنتفى بانقضاءها ، كسائر شروط الأحكام . الثاني ، أنه إذا علّقه على

الشرح الكبير

وَصَفَّ ذِي عَدَدٍ ، فَالْعَدَدُ وَصَفٌ فِي الشَّرْطِ ، وَمَنْ عَلَّقَ الْحُكْمَ عَلَى شَرْطٍ ذِي وَصَفٍ ، لَمْ يَثْبُتْ مَا لَمْ تُوَجَدْ الصِّفَةُ ، كَقَوْلِهِ لَعْبْدِهِ : إِنْ خَرَجْتَ عَارِيًا فَأَنْتَ حُرٌّ . فَخَرَجَ لَابِسًا ، لَمْ يَعْتَقْ ، فَكَذَلِكَ الْعَدَدُ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ فِي اللَّفْظِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْكُلِّ ، لَمْ يَحْنُثْ بِفِعْلِ الْبَعْضِ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ : لَا صَلَّيْتُ صَلَاةً . أَوْ : لَا صُمْتُ صِيَامًا . لَمْ يَحْنُثْ حَتَّى يَفْرَغَ مِمَّا يُسَمَّى صَلَاةً وَيَصُومُ يَوْمًا . وَلَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ : إِنْ حِضَّتْ حَيْضَةً فَأَنْتَ طَالِقٌ . لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهَرَ مِنَ الْحَيْضَةِ . وَذَكَرُ الْآلِفِ هُنَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْآفًا كَامِلَةً . الرَّابِعُ ، أَنَّ الْأَصْلَ الَّذِي ذَكَرَهُ ، فِيمَا إِذَا قَالَ : إِذَا أَكَلْتُ رَغِيفًا فَأَنْتَ حُرٌّ . أَنَّهُ يَعْتَقُ بِأَكْلِ بَعْضِهِ ، مَمْنُوعٌ . وَإِنَّمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَفْعَلُ شَيْئًا ، فَفَعَلَ بَعْضَهُ ، يَحْنُثُ ، فِي رِوَايَةٍ ، فِي مَوْضِعٍ يَحْتَمِلُ إِرَادَةَ الْبَعْضِ وَيَتَنَاوَلُهُ اللَّفْظُ ، كَمَنْ حَلَفَ لَا يَصَلِّي ، فَشَرَعَ فِي الصَّلَاةِ ، أَوْ لَا يَصُومُ ، فَشَرَعَ فِي الصَّوْمِ ، أَوْ لَا يَشْرَبُ مَاءَ هَذَا الْإِنَاءِ ، فَشَرَبَ بَعْضَهُ . وَنَحْوَ هَذَا ؛ لِأَنَّ الشَّارِعَ فِي الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ قَدْ صَلَّى وَصَامَ ذَلِكَ الْجُزْءَ الَّذِي شَرَعَ فِيهِ ، وَالْقَدَرُ الَّذِي شَرِبَهُ مِنَ الْإِنَاءِ هُوَ مَاءُ الْإِنَاءِ ، وَقَرِينَةُ حَالِهِ تَقْتَضِي الْمَنَعَ مِنَ الْكُلِّ ، فَتَقْتَضِي الْامْتِنَاعَ مِنَ الْكُلِّ ، وَمَتَى فَعَلَ الْبَعْضَ فَمَا امْتَنَعَ مِنَ الْكُلِّ ، فَحَنِثَ ؛ لِذَلِكَ . وَلَوْ حَلَفَ عَلَى فِعْلِ شَيْءٍ لَمْ يَبْرَأْ إِلَّا بِفِعْلِ الْجَمِيعِ . وَفِي مَسْأَلَتِنَا ، تَعْلِيلُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى أَدَاءِ الْآلِفِ يَقْتَضِي وَجُودَ أَدَائِهَا ، فَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ الْمُعْلَقُ عَلَيْهَا دُونَ أَدَائِهَا ، كَمَنْ حَلَفَ لِيُؤَدِّيَنَّ الْآفًا ، لَا يَبْرَأُ حَتَّى يُؤَدِّيَهَا . الْخَامِسُ ، أَنَّ مَوْضِعَ الشَّرْطِ فِي الْكِتَابِ

الإيناف

.....

والسُّنَّةُ وَأَحْكَامُ الشَّرِيعَةِ ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ الْمَشْرُوطُ بِدُونِ شَرْطِهِ ، كَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ قَالَ : لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ . دَخَلَ الْجَنَّةَ » ^(١) . فَلَوْ قَالَ بَعْضُهَا لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلَّا الْعُقُوبَةَ . وَقَوْلُهُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » ^(٢) . لَا تَكُونُ لَهُ بِشُرُوعِهِ فِي الْإِحْيَاءِ . وَلَوْ قَالَ فِي الْمُسَابَقَةِ : مَنْ سَبَقَ إِلَى خَمْسٍ إَصَابَاتٍ فَهُوَ سَابِقٌ . لَمْ يَكُنْ سَابِقًا إِذَا سَبَقَ إِلَى أَرْبَعٍ . وَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ دِينَارٌ . لَمْ يَسْتَحِقَّه بِالشُّرُوعِ فِي رَدِّهَا . فَكَيْفَ يَخَالَفُ مَوْضُوعَاتِ الشَّرْعِ وَاللُّغَةِ بغيرِ دَلِيلٍ ؟ وَإِنَّمَا الرَّوَايَةُ الَّتِي جَاءَتْ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْإِيمَانِ ، فِي مَنْ حَلَفَ أَنْ لَا يَفْعَلَ شَيْئًا ، فَفَعَلَ بَعْضَهُ ، يَحْنُثُ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ عَلَى التَّرْكِ يُقْصَدُ بِهَا الْمَنْعُ ، فَتُرِكَ مَنْزِلَةُ النَّهْيِ ، وَالنَّهْيُ عَنْ فِعْلٍ شَيْءٍ يَقْتَضِي الْمَنْعَ مِنْ بَعْضِهِ ، بِخِلَافِ تَعْلِيلِ الْمَشْرُوطِ ^(٣) عَلَى الشَّرْطِ .

فصل : وما يَكْتَسِبُهُ الْعَبْدُ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ عَقْدٌ يَمْنَعُ كَوْنَ كَسْبِهِ لِسَيِّدِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا عَلَّقَ عِتْقَهُ عَلَى أَداءِ مَالٍ مَعْلُومٍ ،

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْجَنَائِزِ وَمَنْ كَانَ آخِرَ كَلَامِهِ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، مِنْ كِتَابِ الْجَنَائِزِ ، وَفِي : بَابِ الثِّيَابِ الْبَيْضِ ، مِنْ كِتَابِ اللَّبَاسِ ، وَفِي : بَابِ مَنْ أَجَابَ بِلَبِيكُ وَسَعْدِيكَ ، مِنْ كِتَابِ الْاسْتِزْدَانِ ، وَفِي : بَابِ الْمَكْتُورِينَ هُمُ الْمَقْلُونِ ، وَبَابِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَحَبُّ أَنْ لِي مِثْلُ أَحَدِ ذَهَابِ » ، مِنْ كِتَابِ الرِّقَاقِ ، وَفِي : بَابِ كَلَامِ الرَّبِّ مَعَ جِبْرِيلَ وَنداءِ اللَّهِ الْمَلَائِكَةَ ، مِنْ كِتَابِ التَّوْحِيدِ . صحيح البخاري ٢ / ٨٩ ، ٩٠ ، ٧ / ١٩٢ ، ١٩٣ ، ٨ / ٧٥ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ٩ / ١٧٤ . ومسلم ، فِي : بَابِ مَنْ مَاتَ لَا يَشْرِكُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْإِيمَانِ ، وَفِي : بَابِ التَّوْبَةِ فِي الصَّدَقَةِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . صحيح مسلم ١ / ٩٤ ، ٩٥ ، ٢ / ٦٨٨ ، ٦٨٩ .
كما أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥ / ١٥٢ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ١٦٦ .
(٢) تقدم تخريجه في ٧٥ / ١٦ .
(٣) فِي الْأَصْلِ : « الشَّرْطُ » .

إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ وُجِدَتْ مِنْهُ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِهِ ، فَهَلْ تَعُودُ
بِعَوْدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

فَمَا أَخَذَهُ السَّيِّدُ حَسَبَهُ [١٢/٦ ظ] مِنْ الْمَالِ ، فَإِذَا كَمَلَ أَدَاءُ الْمَالِ ، عَتَقَ ،
وَمَا فَضَلَ فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَسَبُ عَبْدِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُعَلَّقُ عَتَقَهُ أُمَةً ،
فَوَلَدَتْ ، لَمْ يَتَّبِعْهَا وَلَدُهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا أُمَةٌ قِنْ ، فَأُشْبِهَ مَا
لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ . وَلَا تَجِبُ عَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّهُ
عَتَقَ مِنَ السَّيِّدِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ بَاشَرَ الْعِتْقَ .

فصل : إِذَا عَلَّقَ عِتْقَهُ بِصِفَةٍ ، ثُمَّ بَاعَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، وَوُجِدَتْ الصِّفَةُ ،
عَتَقَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا
يَعْتِقُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ مُتَأَخِّرٌ عَنْ عَقْدِ الصِّفَةِ ، فَلَمْ يَقَعْ الْعِتْقُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ
عَقَدَ الصِّفَةَ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَلَّقَ الصِّفَةَ فِي مِلْكِهِ ،
وَتَحَقَّقَ الشَّرْطُ فِي مِلْكِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَعْتِقَ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ . وَفَارَقَ
مَا إِذَا عَلَّقَهَا فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ نَجَزَ الْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ ، فَإِذَا عَلَّقَهُ
كَانَ أَوَّلَى بَعْدَ الْوُقُوعِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

٢٩٣٤ - مَسْأَلَةٌ : (إِلَّا أَنْ تَكُونَ) الصِّفَةُ (وَوُجِدَتْ مِنْهُ فِي حَالِ
زَوَالِ مِلْكِهِ ، فَهَلْ تَعُودُ بِعَوْدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إِحْدَاهُمَا ، لَا تَعُودُ ؛ لِأَنَّهَا
انْحَلَّتْ بِوُجُودِهَا ، فَلَمْ تَعُدْ ، كَمَا لَوْ انْحَلَّتْ بِوُجُودِهَا فِي مِلْكِهِ . وَالثَّانِيَةُ ،

الإِنصاف

قَوْلُهُ : فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ ، عَادَتِ الصِّفَةُ . إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ وُجِدَتْ مِنْهُ فِي حَالِ زَوَالِ
مِلْكِهِ ، فَهَلْ تَعُودُ بِعَوْدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،
و « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي »

تَعَوُّدٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَوْجَدْ الصِّفَّةَ الَّتِي يَعْتَقُ بِهَا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ قَبْلَ
وُجُودِ الصِّفَّةِ ، وَلِأَنَّ الْمَلِكَ مُقَدَّرٌ فِي الصِّفَّةِ ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : إِذَا دَخَلْتَ
الدَّارَ وَأَنْتَ فِي مِلْكِي فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ،
فِي الطَّلَاقِ ، أَنَّهُ يَقَعُ ؛ لِأَنَّ التَّغْلِيْقَ وَالشَّرْطَ وَجِدَا فِي مِلْكِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ
لَمْ يَتَخَلَّلْهُمَا دُخُولٌ . وَمَنْ نَصَرَ الرِّوَايَةَ الْأُولَى قَالَ : إِنَّ الْعِتْقَ مُعَلَّقٌ بِشَرْطِ
لَا يَقْتَضِي التَّكْرَارَ ، فَإِذَا وَجِدَ مَرَّةً انْحَلَّتِ الْيَمِينُ ، وَقَدْ وَجِدَ الدُّخُولُ
فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ فَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ ، فَلَمْ يَقَعِ الْعِتْقُ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَيَفَارِقُ الْعِتْقُ
الطَّلَاقَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ النِّكَاحَ الثَّانِيَ يَنْبَنِي عَلَى النِّكَاحِ الْأَوَّلِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ
طَلَاقَهُ فِي النِّكَاحِ الْأَوَّلِ يُحْسَبُ عَلَيْهِ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي ، وَيَنْقُصُ بِهِ عَدَدُ
طَلَاقِهِ ، وَالْمَلِكُ بِالْيَمِينِ بِخِلَافِهِ .

الصَّغِيرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَعَوُّدُ بَعْوَدِهِ .
وَهُوَ الْمَذْهَبُ فِيهِمَا . نَصَّ عَلَيْهِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَصَحَّحَهُ
فِي « التَّصْحِيحِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْأَرْبَعِينَ » : أَشْهُرُ الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّهَا تَعَوُّدُ بَعْوَدِ
الْمَلِكِ ، إِذَا وَجِدَتِ الصِّفَّةُ بَعْدَ زَوَالِ الْمَلِكِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ،
وَ « الْعُمْدَةِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « تَجْرِيدِ
الْعِنَايَةِ » . وَفَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَ الطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ ؛ فَإِنَّ مِلْكَ الرَّقِيقِ لَا يَنْبَنِي فِيهِ أَحَدُ
الْمِلْكَيْنِ عَلَى الْآخَرِ ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ ؛ فَإِنَّهُ يَنْبَنِي فِيهِ أَحَدُ الْمِلْكَيْنِ عَلَى الْآخَرِ فِي
عَدَدِ الطَّلَاقِ ، عَلَى الصَّحِيحِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَهَذَا التَّفْرِيقُ لَا أَثَرُ لَهُ ؛ إِذْ
لَوْ كَانَ مُعْتَبَرًا لَمْ يُشْتَرَطْ لِعَدَمِ الْحِنْثِ وَجُودُ الصِّفَّةِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ . انْتَهَى .
وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا تَعَوُّدُ الصِّفَّةِ . جَزَمَ بِهِ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَزِيُّ فِي « الطَّرِيقِ

وَتَبْطُلُ الصِّفَةُ بِمَوْتِهِ .

فَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِشَهْرٍ . فَهَلْ يَصِحُّ وَيَعْتَقُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

٢٩٣٥ - مسألة : (وَتَبْطُلُ الصِّفَةُ بِالْمَوْتِ) لِأَنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ بِمَوْتِهِ ، فَتَبْطُلُ تَصَرُّفَاتُهُ بِزَوَالِهِ ، كَالْبَيْعِ .

٢٩٣٦ - مسألة : (فَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ) فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ^(١) . أَوْ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِشَهْرٍ . فَهَلْ يَصِحُّ وَيَعْتَقُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ (إِذَا قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ . لَمْ تَتَعَقَّدْ هَذِهِ الصِّفَةُ ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ عِثْقَهُ عَلَى صِفَةٍ تُوجَدُ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ بَيْعِي إِيَّاكَ فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ لَهُ بَعْدَ قَرَارِ مِلْكٍ غَيْرِهِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَعْتَقُ بِهِ ، كَالْمُنْجَزِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَعْتَقُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِذَلِكَ ، فَحُمِلَ عَلَيْهِ ، كَمَا

الْأَقْرَبُ » . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهُوَ أَرْجَحُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » . وَعَنْهُ ، لَا تَعُودُ الصِّفَةُ ، سَوَاءً وَجَدْتَ حَالَ زَوَالِ مِلْكِهِ أَوْ لَا . حَكَاهَا الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَذَكَرَهَا مَرَّةً قَوْلًا .

قَوْلُهُ : وَتَبْطُلُ الصِّفَةُ بِمَوْتِهِ . فَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِشَهْرٍ . فَهَلْ يَصِحُّ وَيَعْتَقُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ

(١ - ١) كَذَا فِي النسخ الثلاث .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

الشرح الكبير
لو وَصَّى بِإِغْتَاقِهِ ، وَكَمَا لَوْ وَصَّى بِبَيْعِ سِلْعَةٍ وَيُتَصَدَّقُ^(١) بِشَمَنِهَا ، وَيُفَارِقُ
التَّصَرُّفَ بَعْدَ الْبَيْعِ ؛ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ لِلْإِنْسَانِ التَّصَرُّفَ بَعْدَ مَوْتِهِ فِي
ثُلُثِهِ ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْبَيْعِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَيُفَارِقُ
الْوَصِيَّةَ بِالْعِنَقِ [١٣/٦] وَبَيْعَ السِّلْعَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَا يَسْتَقِرُّ لِلْوَرَثَةِ فِيهِ ،
وَلَا يَمْلِكُونَ التَّصَرُّفَ فِيهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ بِأَبْسْطَ مِنْ
هَذَا فِي التَّذْيِيرِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِغْتَاقٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ،
فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . فَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي
بَشَهْرٍ . فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّا ، أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ ، وَلَا تَصِحُّ هَذِهِ
الصُّفَّةُ . وَقَالَ أَيْضًا : سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي

الإِنصاف
مَسْأَلَتَيْنِ ؛ [١٤/٣] الْأُولَى ، إِذَا قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ
حُرٌّ . وَأُطْلِقَ فِيهَا رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ،
وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ وَلَا يَعْتَقُ بُجُودُ الشَّرْطِ .
وَهُوَ الصَّحِيحُ . صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ وَيَعْتَقُ . صَحَّحَهُ
فِي « التَّضْحِيحِ » ، وَ « الْبُلْعَةِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي
« الرَّعَايَتَيْنِ » . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، لَا يَمْلِكُ الْوَارِثُ بَيْعَهُ قَبْلَ فِعْلِهِ ، كَالْمَوْصَى بِهِ
قَبْلَ قَبُولِهِ . قَالَهُ جَمَاعَةٌ ، مِنْهُمْ صَاحِبُ « التَّرْغِيبِ » . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « تَصَدَّقْ » .

الشرح الكبير

بشهر ، بألفِ درهم . فقال لي^(١) : هذا كله لا يكون شيئاً بعد موته . وهذا اختيارُ أبي بكرٍ . وذكر القاضي ، وابنُ أبي موسى روايةً أخرى ، أنه يعتقُ إذا وجدتِ الصّفتان^(٢) ؛ الموتُ ، ومُضيُّ المُدّةِ المذكورة . وهذا قولُ الثّوريّ ، وأبي يوسفَ ، وإسحاقَ . وجهُهما ما تقدّم . وقال أصحابُ الرّأي : لا يعتقُ حتى يُعتقه الوارثُ . وعلى قولٍ من قال : يعتقُ . يكونُ قبلَ العتقِ ملكاً للوارثِ ، وكسبه له ، كأثمّ الولدِ ، والمُدبّرِ في حياة السيّدِ ،^(٣) وإن كان أمةً ، فولدتُ قبلَ وجودِ الصّفةِ^(٤) ، فولدُها يتبّعُها في التّدبيرِ ، ويعتقُ بوجودِ الصّفةِ ، كما تعتقُ هي . والله سبحانه أعلم .

الإنصاف

« الفروع » . والمسألةُ الثّانيةُ ، إذا قال : أنت حرٌّ بعد موتي بشهرٍ . فأطلقَ المُصنّفُ فيها الرّوايتين . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوک الذهب » ، و « المستوعب » ، و « المغني » ، و « الشرح » ، و « النّظم » ، في بابِ التّدبيرِ ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « شرح ابن منجى » ، وغيرهم ؛ إحداهما ، يصحُّ . صحّحه في « التّصحيح » . قال في « الرّعايتين » : صحَّ في الأصحِّ . وجزم به في « الوجيز » . والرّوايةُ الثّانيةُ ، لا يصحُّ ولا يعتقُ . اختاره أبو بكرٍ . وصحّحه في « النّظم » ، في كتابِ العتقِ . وقدمه في « الخلاصة » ، في بابِ التّدبيرِ . وجزم به في « الحاوي الصّغير » . واختاره ابنُ عبدوسٍ في « تذكّرتّه » . وغالبُ الأصحابِ يذكّرونَ هذه المسألةَ في بابِ المُدبّرِ .

(١) سقط من : م .

(٢) بعده في م : « بعد » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

فصل : إذا قال لعبدٍ له مُقَيَّدٌ : هو حُرٌّ إن حَلَّ قَيْدُهُ . ثم قال : هو حُرٌّ إن لم يَكُنْ في قَيْدِهِ عَشْرَةُ أَرْطَالٍ . فَشَهِدَ شاهِدَانِ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَنَّ وَزْنَ قَيْدِهِ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ ، فَحَكَمَ بِعِتْقِهِ ، وَأَمَرَ بِحَلِّ قَيْدِهِ ، فَوُزِنَ فَوُجِدَ وَزْنُهُ عَشْرَةَ أَرْطَالٍ ، عَتَقَ الْعَبْدُ بِحَلِّ قَيْدِهِ ، وَتَبَيَّنَا أَنَّهُ مَا عَتَقَ بِالشَّرْطِ الَّذِي حَكَمَ الْحَاكِمُ بِعِتْقِهِ بِهِ . وَهَلْ يَلْزَمُ الشَّاهِدَيْنِ ضَمَانُ قِيَمَتِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُمَا ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا الْكَاذِبَةَ سَبَبُ عِتْقِهِ وَإِتْلَافِهِ ، فَضَمِنَاهُ ، كَالشَّهَادَةِ الْمَرْجُوعِ عَنْهَا ، وَلِأَنَّ عِتْقَهُ حُكْمٌ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ الْمَبْنِيَّ عَلَى الشَّهَادَةِ الْكَاذِبَةِ ، فَأَشْبَهَ الْحُكْمَ بِالشَّهَادَةِ الَّتِي يَرْجِعَانِ عَنْهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَالثَّانِي ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ لَمْ يَحْصُلْ بِالْحُكْمِ الْمَبْنِيَّ عَلَى شَهَادَتِهِمَا ، وَإِنَّمَا حَصَلَ بِحَلِّ قَيْدِهِ ، وَلَمْ يَشْهَدَا بِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَضْمَنَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَحْكَمْ الْحَاكِمُ .

تبيينان ؛ أَحَدُهُمَا ، قَالَ فِي « فَوَائِدِ الْقَوَاعِدِ » : بَنَى طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ هَاتَيْنِ الرَّوَايَتَيْنِ عَلَى أَنَّ التَّذْيِيرَ ، هَلْ هُوَ تَعْلِيلٌ عَتَقَ بِصِفَةٍ ، أَوْ وَصِيَّةٌ ؟ عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِ التَّذْيِيرِ . فَإِنْ قُلْنَا : التَّذْيِيرُ وَصِيَّةٌ . صَحَّ تَقْيِيدُهَا بِصِفَةٍ أُخْرَى تُوجَدُ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَإِنْ قُلْنَا : عَتَقَ بِصِفَةٍ . لَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ . وَهَؤُلَاءِ قَالُوا : لَوْ صَرَّحَ بِالتَّعْلِيلِ ، فَقَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي بِشَهْرِ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . لَمْ يَعْتَقْ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ فِي « إِشَارَتِهِ » . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا الْخِلَافَ لَيْسَ مَبْنِيًّا عَلَى هَذَا الْأَصْلِ . وَعَلَّاهُ ، وَقَالَ : وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَ هَذَا الْعَقْدَ تَذْيِيرًا ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْفِي ذَلِكَ ، وَلَهُمْ فِي حِكَايَةِ الْخِلَافِ فِيهِ أَرْبَعَةُ طُرُقٍ ، ذُكِرَتْ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ . الثَّانِي ، عَلَى الْقَوْلِ بِالصَّحَّةِ ، كَسْبُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ

الشرح الكبير

فصل : وإن قال لعبدِهِ : أنت حرٌّ متى شئتَ . لم يعتق حتى يشاء بالقول ، فمتى شاء عتق ، سواء كان على الفور^(١) أو التراخي . وإن قال : أنت حرٌّ إن شئتَ . فكذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَقِفَ على المَجْلِسِ ؛ لأنَّ ذلك بمنزلة التَّخْيِيرِ ، ولو قال لامرأته : اختاري نفسك . لم يَكُنْ لها الاختيارُ إلَّا على الفور^(٢) ، فإن تراخى ذلك بطل خيارُها ، كذا تعلُّيقُهُ بالمَشِيئَةِ . وإن قال : أنت حرٌّ كيف شئتَ . احتَمَلَ أن يَعْتِقَ في الحال . وهو قولُ أئِ حنيفة ؛ لأنَّ « كيف » لا^(٣) تَقْتَضِي شَرْطًا ولا وَقْتًا ولا مَكَانًا ، فلا تَقْتَضِي تَوْقِيفَ العِتْقِ ، وإنَّما هي صِفَةٌ للحالِ ، فَتَقْتَضِي^(٤)

الإنصاف

وُجُودِ الشَّرْطِ للوَرَثَةِ . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ . قاله القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهُم . وَوَجَّهَ في « القَوَاعِدِ » أنْ كَسَبَهُ له^(٥) ، مِنْ تَصْرِيحِ صَاحِبِ « المُسْتَوْعِبِ » ، أنَّ العَبْدَ باقٍ على مِلْكِ المَيِّتِ ، لا يَنْتَقِلُ إلى الوَرَثَةِ ، كَالْمَوْصِي يَعْتِقُهُ .

فائدة : وكذا الحُكْمُ ، خِلَافًا ومَذْهَبًا ، لو قال : اخْدُمْ زَيْدًا سَنَةً بَعْدَ مَوْتِي ، ثُمَّ أَنْتَ حُرٌّ . فعلى الصَّحَّةِ ، لو أَبْرَاهُ زَيْدٌ مِنَ الخِدْمَةِ ، عَتَقَ مِنْ حِينِهِ . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ . وقيل : لا يَعْتِقُ إلَّا بَعْدَ سَنَةٍ . فَإِنْ كَانَتِ الخِدْمَةُ لِبَيْعَةٍ وَهُمَا كَافِرَانِ ، فَأَسْلَمَ العَبْدُ ، فَفِي لُزُومِ القِيَمَةِ عَلَيْهِ لِبَقِيَّةِ الخِدْمَةِ رَوَايَتَانِ . ذَكَرَهُمَا ابْنُ

(١) في الأصل : « القول » .

(٢) في الأصل : « الفوت » .

(٣) في م : « إلَّا » .

(٤) في الأصل : « تفتضي » .

(٥) سقط من : ط .

المقنع وإن قال : إن دخلتها فأنت حرٌ بعد موتي . فدخلها في حياة السيد ، صار مُدبرًا ، وإلا فلا .

الشرح الكبير وقوع الحرية على أي حال كان . ويَحْتَمِلُ أن لا يَعْتَقَ حتى يشاء . وهو قول أبي يوسف ، ومحمد ؛ لأنَّ المَشِيئَةَ تَقْتَضِي الخيار ، فَتَقْتَضِي أن لا^(١) يَعْتَقَ قبل اختياره ، كما لو قال : أنت حرٌ متى شئت . لأنَّ « كيف » تُعْطَى ما تُعْطَى « متى »^(٢) ، و « أي » ، فَحُكْمُهُمَا حُكْمُهَا . وقد ذَكَرَ أبو الخطاب في الطَّلَاقِ ، أنه إذا قال [١٣/٦ ط] لزوجة : أنت طالق متى شئت ، وكيف شئت ، وحيث شئت . لم تَطْلُقْ حتى تشاء ، فيجىء ههنا مثله .

٢٩٣٧ - مسألة : (وإن قال : إن دخلت الدار فأنت حرٌ بعد موتي . فدخل في حياة السيد ، صار مُدبرًا) لأنه وجد شرط التَّديير ،

الإنصاف أبي موسى . وأطلقهما في « المُحرَّر » ، و « الرُّعائيتين » ، و « الحاوي الصَّغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ؛ إحداهما ، لا تلزمه ، ويعتق مجَّانًا . جزم به في « المنور » . وهو الصَّواب . والرواية الثانية ، تلزمه . ولو قال لجاريته : إذا خدمت ابني حتى يستعني فأنت حرَّة . لم تعتق حتى تخدمه إلى أن يكبر ويستعني عن الرُّضاع . على الصَّحيح من المذهب . قدَّمه في « الفروع » ، و « الرُّعائيتين » ، و « الحاوي الصَّغير » . وقال ابن أبي موسى : لا تعتق حتى يستعني عن الرُّضاع ، وعن أن يلقم الطَّعام ، وعن التَّنَجِّي مِنَ الغائط . نقل ههنا ، لا تعتق حتى يستعني . قلت : حتى يحتمل ؟ قال : لا ، دون الاحتلام .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « حتى » .

وَأِنْ قَالَ : إِنْ مَلَكَتُ فَلَانًا فَهُوَ حُرٌّ . أَوْ : كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ
فَهُوَ حُرٌّ . فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

وهو دُخُولُ الدَّارِ . وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ حَتَّى مَاتَ بَطَلَتِ الصِّفَةُ ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ
بِهِ الْمِلْكُ ، وَلَمْ يُوجَدْ التَّدْيِيرُ ؛ لِعَدَمِ شَرْطِهِ . وَسَنَدُكَ ذَلِكَ فِي التَّدْيِيرِ
(بِأَبْسَاطٍ مِنْ هَذَا) ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٢٩٣٨ - مسألة : (وَإِذَا قَالَ : إِنْ مَلَكَتُ فَلَانًا فَهُوَ حُرٌّ . أَوْ : كُلُّ
مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ . فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ ،
وَلَا يَغْتَقُ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ،
وَالْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَعُرْوَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَرَوَاهُ
الْثَّرَمَذِيُّ ، عَنْ عَلِيٍّ ، وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَعَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ ، وَشُرَيْحٍ ،
وغير واحدٍ مِنَ التَّابِعِينَ ، قَالَ : وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِمَا رَوَى
عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا
عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ، وَلَا طَلَاقَ لَابْنِ آدَمَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ » (١) . قَالَ

قوله : وَإِنْ قَالَ : إِنْ مَلَكَتُ فَلَانًا فَهُوَ حُرٌّ . أَوْ : كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ .
فهل يصحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
و « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْهَبِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ
الْأَصْحَابِ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ،

(١-١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٢٣/١١ .

الشرح الكبير الترمذی: وهو حديث حسن، وهو أحسن ما روى في هذا الباب. وعن عائشة، أن رسول الله ﷺ قال: « لا طلاق فيما لا يملك ابن آدم وإن عنيها ». رواه الدارقطني^(١). وعن علي^(٢) بن أبي طالب^(٣)، رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: « لا طلاق قبل نكاح »^(٤). قال أحمد: هذا عن النبي ﷺ وعدة من الصحابة. ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا، فكان إجماعا. وهذا ظاهر المذهب. ولأنه لا يملك تنجيز^(٥) العتق، فلم يملك تعليقه، ولأن النبي ﷺ قال: « لا عتق قبل ملك ». رواه أبو داود الطيالسي^(٥). والثانية، يعتق إذا ملكه؛ لأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه فيه، فأشبه ما لو كان التعليق في

الإنصاف المختار لعامة الأصحاب، حتى إن بعضهم لا يثبت ما يخالفه. قال في « القواعد »: هذا المشهور من المذهب. قال القاضي وغيره: اختاره أصحابنا، ونقله الجماعة عن الإمام أحمد، رحمه الله. قال في « الرعايتين »، و « الفائق »: صح في أصح الروايتين. قال أبو بكر في « الشافعي »: لا يختلف قول أبي عبد الله فيه، إلا ما روى محمد بن الحسن بن هارون في العتق، أنه لا

(١) أخرجه بهذا اللفظ الدارقطني عن معاذ وليس عن عائشة، في كتاب الطلاق. سنن الدارقطني ١٧/٤.

وأخرجه عن عائشة وليس فيه: « وإن عنيها ». سنن الدارقطني ١٥/٤، ١٦.

(٢-٣) سقط من: م.

(٣) أخرجه ابن ماجه، في: باب لا طلاق قبل النكاح، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه ١/٦٦٠. قال في الزوائد: إسناده ضعيف لاتفاقهم على ضعف جوير بن سعيد.

(٤) في م: « بتخير ».

(٥) في: باب حكم من علق الطلاق قبل النكاح...، من كتاب الطلاق. ترتيب مسند أبي داود الطيالسي

٣١٤/١.

مِلْكِهِ . وَرَوَى أَبُو طَالِبٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا قَالَ ^(١) : إِنْ اشْتَرَيْتُ هَذَا الْعُلَامَ فَهُوَ حُرٌّ . فَاشْتَرَاهُ ، عَتَقَ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي كِتَابِ « الشَّافِي » : لَا يَخْتَلِفُ قَوْلُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ الْعَتَاقَ يَقَعُ ، إِلَّا مَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ابْنُ هَارُونَ فِي الْعِتْقِ ، أَنَّهُ لَا يَقَعُ ، وَمَا أَرَاهُ إِلَّا غَلَطًا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ حَفِظَ فَهُوَ قَوْلُ آخَرٍ . وَلَأنَّهُ لَوْ قَالَ لِأُمَّتِهِ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِيَنَّهُ فَهُوَ حُرٌّ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، كَذَلِكَ هَذَا . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ عَلَى الْأَخْطَارِ ، فَصَحَّ تَعْلِيْقُهُ عَلَى حُدُوثِ الْمَلِكِ ، كَالْوَصِيَّةِ ، وَالنَّذْرِ ، وَالْيَمِينِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ خَصَّ جَنْسًا مِنَ الْأَجْنَسِ أَوْ عَبْدًا بِعَيْنِهِ ، عَتَقَ إِذَا مَلَكَه ، وَإِنْ قَالَ : كُلُّ عَبْدٍ أَمْلِكُهُ . لَمْ يَصِحَّ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيْقُ الْعِتْقِ قَبْلَ الْمَلِكِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ لِأُمَةٍ غَيْرِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ . ثُمَّ مَلَكَهَا وَدَخَلْتَ الدَّارَ ، وَلِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحَادِيثِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

يَعْتَقُ . وَمَا أَرَاهُ إِلَّا غَلَطًا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَصِحُّ . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَتَقَدَّمَ ، [١٤٢/٣] إِذَا عَلِقَ عِتْقَ عَبْدِهِ عَلَى بَيْعِهِ ، فِي أَوَاخِرِ بَابِ الشُّرُوطِ فِي الْبَيْعِ ^(٢) .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) انظر ما تقدم في

المقنع وَإِنْ قَالَ الْعَبْدُ لَمْ يَصِحَّ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٩٣٩ - مسألة : فَإِنْ قَالَ الْعَبْدُ ذَلِكَ ثُمَّ عَتَقَ وَمَلَكَ ، عَتَقَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، قِيَاسًا عَلَى الْحُرِّ . والثاني ، [١٤/٦] لَا يَعْتَقُ . وهو الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَصِحُّ الْعِتْقُ مِنْهُ حِينَ التَّغْلِيْقِ ؛ لَكَوْنِهِ لَا يَمْلِكُ ، وَإِنْ مَلَكَ فَهُوَ مَلَكَ ضَعِيفٌ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ ، وَلِلسَّيِّدِ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ ، بِخِلَافِ الْحُرِّ .

الإنصاف

فائدة : لو باع أمة بَعْدَ عَلَى أَنْ لَهُ الْخِيَارَ ثَلَاثًا ، ثُمَّ قَالَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ : هُمَا حُرَّانِ . قَالَ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : لَا أُعْرِفُ فِيهَا نَصًّا عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ عِنْدِي ، أَنَّهُ يَعْتَقُ الْعَبْدُ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ لِلْأَمَةِ يَتَرْتَّبُ عَلَى فُسْخِ الْبَيْعِ ، وَعِتْقُهُ لِلْعَبْدِ لَا يَتَرْتَّبُ عَلَى وَاسْطَةِ ، فَيَكُونُ الْعِتْقُ إِلَى الْعَبْدِ أَسْبَقَ ، فَيَجِبُ أَنْ يَعْتَقَ ، وَلَا تَعْتَقُ الْأَمَةُ . انتهى . قُلْتُ : يَنْبَغِي أَنْ يُبْنَى ذَلِكَ عَلَى انْتِقَالِ الْمَلَكَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ وَعَدَمِهِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَنْتَقِلُ . عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَنْتَقِلُ . عَتَقَتِ الْأَمَةُ .

قوله : وَإِنْ قَالَ الْعَبْدُ لَمْ يَصِحَّ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . يَعْنِي ، إِذَا قَالَ الْعَبْدُ : إِنْ مَلَكَتُ فَلَنَا فَهُوَ حُرٌّ . أَوْ : كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلَكُهُ فَهُوَ حُرٌّ . ثُمَّ عَتَقَ وَمَلَكَ ، عَلَى الْقَوْلِ بِصِحَّتِهِ مِنَ الْحُرِّ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَصِحُّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » : فَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ ذَلِكَ ، ثُمَّ عَتَقَ وَمَلَكَ مَمَالِيكَ ، فَعَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : تَنْعَقِدُ الصُّفَّةُ لِلْحُرِّ . هَلْ تَنْعَقِدُ لَهُ هَذِهِ الصُّفَّةُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : إذا قال الحرُّ : أوَّلُ غُلامٍ أُمْلِكُهُ فهو حرٌّ . انبَنَى ذلك على العِتْقِ قَبْلَ المِلْكِ ، وفيه رِوَايتَانِ ذَكَرْنَاهُمَا ، فَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ عِتْقُ أوَّلِ مَنْ يَمْلِكُهُ لَوْ جُودَ الشَّرْطُ . فَإِنْ مَلَكَ اثْنَيْنِ مَعًا ، عَتَقَ أَحَدَهُمَا بِالْقُرْعَةِ ، فِي قِيَاسِ قولِ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ مُهَنَّاتٍ : إِذَا قَالَ : أوَّلُ مَنْ يَطْلُعُ مِنْ عِبْدِي فهو حرٌّ . فَطَلَعَ اثْنَانِ^(١) ، أَوْ جَمِيعُهُمْ ، فَإِنَّهُ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلِيَّةَ وَجِدَتْ فِيهِمَا جَمِيعًا ، فَتُبَتَّتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ قَالَ فِي الْمُسَابَقَةِ : مَنْ سَبَقَ فَلَهُ عَشْرَةٌ . فَسَبَقَ اثْنَانِ ، اشْتَرَكَا فِي الْعَشْرَةِ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ : يُعْتَقُ أَيُّهُمَا شَاءَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا أوَّلَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُساوٍ لِلْآخَرِ ، وَمِنْ شَرْطِ الْأَوَّلِيَّةِ سَبْقُ الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَيْنِ لَمْ يَسْبِقْهُمَا غَيْرُهُمَا ، فَكَانَا أوَّلَ ، كَالوَاحِدِ ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْأَوَّلِ أَنْ يَأْتِيَ بَعْدَهُ ثَانٍ ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ مَلَكَ وَاحِدًا وَلَمْ يَمْلِكْ بَعْدَهُ شَيْئًا ، وَإِذَا وَجِدَتْ الصِّفَةُ فِيهِمَا ، فَإِمَّا أَنْ يَعْتَقَا جَمِيعًا ، أَوْ يَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، وَتُعَيِّنَ الْقُرْعَةُ ، عَلَى مَا نَذَكُرُهُ بَعْدَ^(٢) . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيهَا إِذَا قَالَ : أوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ فهو حرٌّ . فَوَلَدَتْ اثْنَتَيْنِ خَرَجَا مَعًا .

فائدة : لَوْ قَالَ : أوَّلُ عَبْدٍ أُمْلِكُهُ فهو حرٌّ . وَقُلْنَا بِصِحَّةِ تَعْلِيلِ العِتْقِ عَلَى المِلْكِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِلَّا وَاحِدًا فَقَطْ ، عَتَقَ عَلَيْهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . ذَكَرَاهُ فِي تَعْلِيلِ مَا إِذَا مَلَكَ اثْنَيْنِ مَعًا . وَقِيلَ :

(١) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْهُمْ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ م : .

وَإِنْ قَالَ : آخِرُ مَمْلُوكٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . وَقُلْنَا بِصِحَّةِ الصِّفَةِ ،
فَمَلَكَ عَبِيدًا ، ثُمَّ مَاتَ ، فَأَخْرَهُمْ حُرًّا مِنْ حِينَ الشَّرَاءِ ، وَكَسَبَهُ
لَهُ .

٢٩٤٠ - مسألة : (فَإِنْ قَالَ : آخِرُ مَمْلُوكٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . فَمَلَكَ
عَبِيدًا) لم ("يُحْكَمُ بِعَقْبِ") واحدٍ منهم حتى يَمُوتَ ؛ لَأَنَّهُ مَا دَامَ حَيًّا
فَهُوَ ("يَحْتَمِلُ أَنْ يَشْتَرِيَ عَبْدًا يَكُونُ هُوَ الْآخِرَ ، فَإِذَا مَاتَ عَتَقَ
آخِرُهُمْ ، وَتَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ حُرًّا حِينَ مَلَكَه ، فَيَكُونُ اكْتِسَابُهُ لَهُ . وَإِنْ كَانَ
أُمَةً ، كَانَ أَوْلَادُهَا أَحْرَارًا مِنْ حِينَ وَلَدَتْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَادُ حُرَّةٍ ، وَإِنْ كَانَ
وَطْنُهَا فَعَلِيهِ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطَنُ حُرَّةٍ أَعْجَنِيَّةٍ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا إِذَا
اشْتَرَاهَا حَتَّى يَشْتَرِيَ بَعْدَهَا غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَشْتَرِ بَعْدَهَا غَيْرَهَا ، فَهِيَ
آخِرٌ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يَزُولُ ذَلِكَ بِشَرَاءِ غَيْرِهَا ، فَوَجَبَ أَنْ يَحْرُمَ الْوَطْءُ .
وَإِنْ اشْتَرَى اثْنَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، ثُمَّ مَاتَ ، فَالْحُكْمُ فِي عَتَقِهِمَا كَالْحُكْمِ
فِيمَا إِذَا مَلَكَ اثْنَيْنِ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَهُ .

لَا يَعْتَقُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَيَأْتِي قَرِيبًا ، إِذَا مَلَكَ اثْنَيْنِ مَعًا .
قوله : وَإِنْ قَالَ : آخِرُ مَمْلُوكٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . وَقُلْنَا بِصِحَّةِ الصِّفَةِ ، فَمَلَكَ
عَبِيدًا ، ثُمَّ مَاتَ ، فَأَخْرَهُمْ حُرًّا مِنْ حِينَ الشَّرَاءِ ، وَكَسَبَهُ لَهُ . وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ
الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ ، صِحَّةُ الصِّفَةِ عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ قَالَ : إِنْ مَلَكَتُ فَلَانًا فَهُوَ
حُرٌّ . أَوْ : كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ .

(١ - ١) في م : « يعتق » .

(٢) في م : « فإنه » .

الشرح الكبير

فصل : إذا قال : **أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينِ** فهو **حُرٌّ** . **فَوَلَدَتِ اثْنَيْنِ** ، وأشكَل **أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا** ، أُخْرِجَ بِالْقُرْعَةِ ، كالتى قبلها . فإن عُلِمَ **أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا** عَتَقَ وَحْدَهُ . وهو قول مالك ، والثَّوْرِيِّ ، وأبى هاشم^(١) ، والشافعى ، وابن المنذر . وقال الحسن ، والشَّعْبِيُّ ، وقتادة : إذا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فى بَطْنٍ فهما **حُرَّانِ** . ولنا ، أنه إنما أَعْتَقَ **الأَوَّلَ** ، والذى خَرَجَ سابقًا هو **الأَوَّلُ مِنَ المَوْلُودَيْنِ** ، فاختَصَّ العِتْقُ به^(٢) ، كما لو وَلَدَتْهُمَا فى بَطْنَيْنِ . فإن وَلَدَتْ **الأَوَّلَ مَيِّتًا** والثَّانِي حَيًّا ، فذَكَرَ الشريف ، أنه يَعْتَقُ الحَيَّ منهما . وبه قال أبو حنيفة . وقال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعى : لا يَعْتَقُ واحدٌ منهما . وهو الصَّحِيحُ . قاله شيخنا^(٣) ؛ لَأَنَّ شَرْطَ العِتْقِ إنما [١٤/٦ ظ]

الإنصاف

فائدتان ؛ إحداهما ، لو قال : **آخِرُ مَمْلُوكٍ اشْتَرَيْهِ** فهو **حُرٌّ** . فَمَلَكَ أَمَةً ثم مَلَكَ أُخْرَى ، لم يَجْزُ لَهُ وَطْءُ الثَّانِيَةِ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ غَيْرَهَا ، فَتَكُونَ حُرَّةً مِنْ حِينَ اشْتَرَاهَا . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ . الثَّانِيَةُ ، لو كَانَ آخِرُ مَنْ اشْتَرَى مَمْلُوكَيْنِ مَعًا ، أو عَلِقَ العِتْقَ عَلَى **أَوَّلِ مَمْلُوكٍ** مَلَكَه ، فَمَلَكَهُمَا مَعًا ، أو قَالَ لِأَمَتِهِ : **أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينِ** فهو **حُرٌّ** . فَوَلَدَتْ وَلَدَيْنِ خَرَجَا مَعًا ، فَقِيلَ : يَعْتِقَانِ .^(٤) قَدَّمَهُ فى « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، وَقَالَا : هَذَا قِيَاسُ قَوْلِ الإمامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللهُ^(٥) . وَقِيلَ : لَا يَعْتِقَانِ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ وَاحِدًا بِالْقُرْعَةِ . وهو الصَّحِيحُ مِنْ

(١) أبو هاشم الرماني الواسطي ، يحيى بن دينار ، واختلف فى اسم أبيه ، فقيه ، صدوق ، ثقة ، توفى سنة اثنتين وعشرين ومائة . تهذيب التهذيب ١٢ / ٢٦١ .

(٢) بعده فى م : « فهو » .

(٣) فى : المغنى ١٤ / ٤٠٨ .

(٤ - ٤) زيادة من : ١ .

وُجِدَ فِي الْمَيْتِ ، وَلَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْعِتْقِ ، فَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ بِهِ . وَإِنَّمَا قُلْنَا :
 إِنَّ شَرْطَ الْعِتْقِ وَجَدَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَلَدٍ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ إِذَا قَالَ لِأَمْتِهِ : إِذَا
 وَلَدْتُ فَأَنْتِ حُرَّةٌ . فَوَلَدْتُ وَلَدًا مَيِّتًا ، عَتَقْتُ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْعِتْقَ
 يَسْتَحِيلُ فِي الْمَيْتِ ، فَتَعَلَّقَتِ الْيَمِينُ بِالْحَيِّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ صَرَبْتَ فَلَانًا
 فَعَبْدِي حُرٌّ . فَضَرَبَهُ حَيًّا ، عَتَقَ ، وَإِنْ ضَرَبَهُ مَيِّتًا لَمْ يَعْتَقِ . وَلِأَنَّهُ مَعْلُومٌ
 مِنْ طَرِيقِ الْعَادَةِ أَنَّهُ قَصَدَ عَقْدَ يَمِينِهِ عَلَى وَلَدٍ يَصْبَحُ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَهُوَ أَنْ
 يَكُونَ حَيًّا ، فَتَصِيرُ الْحَيَاةُ مَشْرُوطَةً فِيهِ ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ حَيًّا .

فصل : فَإِنْ قَالَ لِأَمْتِهِ : كُلُّ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ فَهُوَ حُرٌّ . عَتَقَ كُلَّ وَلَدٍ
 وَلَدْتَهُ ، فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ ؛ مِنْهُمْ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ،
 وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا أَحْفَظُ^(١) عَنْ غَيْرِهِمْ
 خِلَافَهُمْ . فَإِنْ بَاعَ الْأَمَةُ ، ثُمَّ وَلَدَتْ ، لَمْ يَعْتَقِ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُمْ بَعْدَ
 زَوَالِ مِلْكِهِ .

المذهب . صَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ،
 وَ « الشَّرْحِ » . ذَكَرَاهُ فِيمَا إِذَا عَلَّقَ الْعِتْقَ عَلَى أَوَّلِ مَمْلُوكٍ يَمْلِكُهُ ، فَمَلَكَ اثْنَيْنِ
 مَعًا . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ أَيْضًا فِي « شَرْحِهِ » ، وَقَالَ : نَصَّ عَلَيْهِ . نَقَلَهُ مُهَنَّادٌ فِي أَوَّلِ
 غُلَامٍ يَطْلُعُ أَوْ امْرَأَةٍ تَطْلُعُ ، فَهُوَ حُرٌّ ، أَوْ طَالِقٌ . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ لَفْظَ الرِّوَايَةِ :
 أَوَّلُ مَنْ يَطْلُعُ مِنْ عِبْدِي . وَأَطْلَقَهُنَّ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَفِي « مُخْتَصَرِ ابْنِ
 رَزِينٍ » ، فِي الطَّلَاقِ . وَلَوْ عَلَّقَهُ بِأَوَّلِ مَنْ يَقُومُ ، فَقُضِيَ مَعًا ، طَلَقَنَ . وَفِي مُتَفَرِّدَةٍ
 بِهِ وَجْهٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : كَذَا قَالَ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَحْفَظُ » .

وَأِنْ قَالَ لِأُمِّهِ : آخِرُ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتْ [١٩٣ و] حَيًّا
ثُمَّ مَيِّتًا ، لَمْ يَعْتَقِ الْأَوَّلُ . وَإِنْ وَلَدَتْ مَيِّتًا ثُمَّ حَيًّا عَتَقَ الثَّانِي . وَإِنْ
وَلَدَتْ تَوَآمَيْنِ ، فَأَشْكَلَ الْآخِرُ مِنْهُمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا .

الشرح الكبير

٢٩٤١ - مسألة : (فَإِنْ قَالَ لِأُمِّهِ : آخِرُ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ فَهُوَ حُرٌّ .
فَوَلَدَتْ حَيًّا ثُمَّ مَيِّتًا ، لَمْ يَعْتَقِ الْأَوَّلُ) لَأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ شَرْطُ عِتْقِهِ ، وَعَلَى
قِيَاسِ قَوْلِ الشَّرِيفِ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ، فِيمَا إِذَا قَالَ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ ، فَهُوَ
حُرٌّ . فَوَلَدَتْ مَيِّتًا ثُمَّ حَيًّا ، يَعْتَقِ الْحَيُّ (وَإِنْ وَلَدَتْ مَيِّتًا ثُمَّ حَيًّا ، عَتَقَ الثَّانِي)
لَوْجُودِ شَرْطِهِ (وَإِنْ وَلَدَتْ تَوَآمَيْنِ ، فَأَشْكَلَ الْآخِرُ مِنْهُمَا ، « أَقْرَعَ
بَيْنَهُمَا ») لِأَنَّ^(١) أَحَدَهُمَا اسْتَحَقَّ الْعِتْقَ ، وَلَمْ يُعْلَمْ^(٢) بَعِيْنَهُ ، فَوَجَبَ إِخْرَاجُهُ
بِالْفُرْعَةِ ، وَسَيَأْتِي ذَلِكُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ قَالَ لِأُمِّهِ : آخِرُ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتْ حَيًّا ، ثُمَّ مَيِّتًا ، لَمْ
يَعْتَقِ الْأَوَّلُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » .
وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » . وَقِيلَ : يَعْتَقُ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الْقَاضِي ، وَالشَّرِيفِ أَبِي
جَعْفَرٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَائِيْنِ » ،
وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » .

فائدة : وَكَذَا الْحُكْمُ وَالْخِلَافُ ، لَوْ قَالَ لِأُمِّهِ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ فَهُوَ حُرٌّ . أَوْ
قَالَ : إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتْ مَيِّتًا ثُمَّ حَيًّا ، بَلْ جَعَلُوا هَذِهِ أَصْلًا لِنَلِكِ .
وَصَحَّحَ فِي « الْمُغْنِي » ، وَ « الشَّرْحِ » عَدَمَ الْعِتْقِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمَذْهَبِ »

(١-١) فِي م : « فَإِنْ » .

(٢) فِي م : « يَعْتَقُ » .

الإصناف وغيره . وهو المذهب . وقال القاضي ، والشريف أبو جعفر : يعتق الحَيُّ منهما . وقدمه في « الفائق » ، و « شرح ابن رزین » . واقتصر عليه في « المستوعب » .

قوله : وإن ولدت توأمين ، فأشكَل الآخِرُ منهما ، أفرع بينهما . هذا المذهب . جزم به في « الوجيز » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن منجى » ، و « النظم » ، و « الرعاية الكبرى » ، و « الحاوى » . وقدمه في « الفروع » . وعنه ، يعتقان . واختار في « الترغيب » ، أن معناها أن أمد منع السيدِ منهما ، هل هو القرعة أو الانكشاف ؟ وكذا الحكم إن عيَّنه ثم نسيه . قاله في « الرعاية » وغيره .

فائدة : لو قال : أولُ غلامٍ لي يطلُعُ فهو حرٌّ . فطلُعَ عبيدهُ كلُّهم ، أو قال لزواجه : أيتكنَّ طلعُ أولًا ، فهي طالقٌ . فطلعنَّ كلُّهنَّ ، فنصَّ الإمامُ أجمدُ ، رحمه الله ، أنه يُميزُ واحدٌ من العبيدِ وامرأةً من الزوجاتِ بالقرعةِ ، في روايةٍ مهنًا . واختلفَ الأصحابُ في هذا النصِّ ؛ فمنهم من حمَّله على أن طلوعهم كان مُرتبًا ، وأشكَل السابق . ومنهم من أقرَّ [١٤٢/٣ ط] النصَّ على ظاهره وأنهم طلعوا دفعةً واحدةً ، وقال : صفةُ الأوليَّةِ شاملةٌ لكلِّ واحدٍ منهم بانفراده ، والمُعْتَقُ إنما أرادَ عتقَ واحدٍ منهم ، فيُمَيَّزُ بالقرعةِ . وهى طريقةُ القاضي في « خلافه » . ومنهم من قال : يعتقُ ويطلقُ الجميعُ ؛ لأنَّ الأوليَّةَ صفةٌ لكلِّ واحدٍ منهم ، ولَفْظُهُ صالحٌ للعمومِ ؛ لأنه مُفْرَدٌ مُضَافٌ . أو يقالُ : الأوليَّةُ صفةٌ للمجموعِ لا للأفرادِ . وهو الذى ذكره المصنِّفُ في « المعنى » ، فى الطلاقِ . ومنهم من قال : لا يعتقُ ولا يطلقُ أحدٌ منهم ؛ لأنَّ الأول لا يكونُ إلا فردًا لا تعدُّدٌ فيه ، والفرديةُ مُشْتَبِهَةٌ هنا . وهو الذى ذكره القاضي وابن عَقِيلٍ فى الطلاقِ ، والسامريُّ ، وصاحبُ

وَلَا يَتَّبِعُ وَلَدُ الْمُعْتَقَةِ بِالصِّفَةِ أُمَّهُ فِي الْعِتْقِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ، الْمُنْعِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا بِهِ حَالَ عِتْقِهَا ، أَوْ حَالَ تَعْلِيْقِ عِتْقِهَا .

الشرح الكبير

٢٩٤٢ - مسألة : (ولا يَتَّبِعُ وَلَدُ الْمُعْتَقَةِ بِالصِّفَةِ أُمَّهُ فِي الْعِتْقِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا بِهِ حَالَ عِتْقِهَا ، أَوْ حَالَ تَعْلِيْقِ عِتْقِهَا) إِذَا عَلِقَ عِتْقُ أُمِّهِ ^(١) بِصِفَةٍ وَهِيَ حَامِلٌ ، تَبِعَهَا وَلَدُهَا فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ كَعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، فَإِنْ وَضَعْتَهُ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ثُمَّ وَجِدْتَ الصِّفَةَ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ فِي الصِّفَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ فِي الْبَطْنِ . وَإِنْ كَانَتْ حَائِلًا حِينَ التَّعْلِيْقِ ، ثُمَّ وَجِدْتَ الصِّفَةَ وَهِيَ حَامِلٌ ، عَتَقَتْ هِيَ وَحَمْلُهَا ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ وَجَدَ فِيهَا وَهِيَ حَامِلٌ ، فَتَبِعَهَا وَلَدُهَا ، كَالْمُنْجَزِ . فَإِنْ حَمَلَتْ بَعْدَ التَّعْلِيْقِ ، وَوَضَعَتْ ^(٢) قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ثُمَّ وَجِدْتَ بَعْدَ ذَلِكَ ، لَمْ يَعْتَقِ

الإنصاف

« الكافي » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ ، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ طَلَعَ بَعْدَهُمْ غَيْرُهُمْ مِنْ عِبِيدِهِ وَزَوْجَاتِهِ ، طُلُقْنَ وَعَتَقْنَ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْأَوَّلَ هُوَ السَّابِقُ لْغَيْرِهِ ، فَلَا يَكُونُ أَوْ لَا حَتَّى يَأْتِيَ بَعْدَهُ غَيْرُهُ ، فَتَتَحَقَّقُ لَهُ بِذَلِكَ صِفَةُ الْأَوَّلِيَّةِ . وَهُوَ وَجْهٌ لَنَا . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ . ذَكَرَهُ فِي آخِرِ « الْقَوَاعِدِ » .

قوله : وَلَا يَتَّبِعُ وَلَدُ الْمُعْتَقَةِ بِالصِّفَةِ أُمَّهُ فِي الْعِتْقِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا حَالَ عِتْقِهَا ، أَوْ حَالَ تَعْلِيْقِ عِتْقِهَا . إِذَا كَانَتْ حَامِلًا حَالَ عِتْقِهَا ، أَوْ حَالَ تَعْلِيْقِ عِتْقِهَا ، فَإِنَّهُ يَتَّبِعُهَا ، بِلَا خِلَافٍ أَعْلَمُهُ . وَإِنْ وَجَدَ حَمْلًا بَعْدَ التَّعْلِيْقِ ، وَوَضَعْتَهُ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، فَصَحَّحَ عَدَمَ التَّبَعِيَّةِ .

(١) فِي م : أُمَةٌ .

(٢) سَقَطَ مِنْ م : .

المقنع
وَإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . أَوْ : عَلَى أَلْفٍ . عَتَقَ ،
وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَعَنْهُ ، إِنْ لَمْ يَقْبَلِ الْعَبْدُ لَمْ يَعْتَقْ . وَالصَّحِيحُ
فِي قَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ . أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يَقْبَلَ .

الشرح الكبير
الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِهِ فِي حَالِ التَّعْلِيلِ (وَلَا فِي حَالِ الْعِتْقِ) . وَفِيهِ
وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي الْعِتْقِ ، (قِيَاسًا عَلَى وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ . وَإِنْ بَطَلَتْ
الصِّفَةُ بَيِّعَ أَوْ مَوْتٍ لَمْ يَعْتَقِ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَبِعُهَا فِي الْعِتْقِ (1) لَا فِي
الصِّفَةِ ، فَإِذَا لَمْ تَوْجَدْ فِيهَا لَمْ يُوجَدْ (2) فِيهِ ، بِخِلَافِ وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ ؛ فَإِنَّهُ
تَبِعَهَا فِي التَّدْيِيرِ ، فَإِذَا بَطَلَ فِيهَا بَقِيَ فِيهِ .

٢٩٤٣ - مسألة : (وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . أَوْ :
عَلَى أَلْفٍ . عَتَقَ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، إِنْ لَمْ يَقْبَلْ لَمْ يَعْتَقْ) إِذَا قَالَ
لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . عَتَقَ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِغَيْرِ

الإِنصاف
وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » . وَقَدَّمَهُ فِي
« الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَتَّبِعُهَا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » .
وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ
الْفَقْهِيَّةِ » .

فائدة : لَا يَتَّبِعُ الْوَلَدُ أُمَّهُ إِذَا كَانَ مُتَفَصِّلًا حَالِ التَّعْلِيلِ ، بِلَا خِلَافٍ أَعْلَمُهُ .
قَوْلُهُ : وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . أَوْ : عَلَى أَلْفٍ . عَتَقَ وَلَا شَيْءَ
عَلَيْهِ . إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . عَتَقَ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . عَلَى الصَّحِيحِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في م : « تَوْجَد » .

شَرْطٍ ، وَجَعَلَ عَلَيْهِ عَوْضًا لَمْ يَقْبَلْهُ ، فَعَتَّقَ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ الْأَلْفُ . هَكَذَا ذَكَرَ
الْمُتَأَخِّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا . وَنَقَلَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، قَالَ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ
اللَّهِ ، قِيلَ لَهُ : [١٥/٦ و] إِذَا قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ . فَقَالَ :
جَيِّدٌ ^(١) . قِيلَ لَهُ : فَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْعَبْدُ ؟ قَالَ : لَا يَعْتَقُ ، إِنَّمَا قَالَ لَهُ عَلَى
أَنْ يُؤَدَّى إِلَيْهِ أَلْفًا ، فَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ فَلَا شَيْءَ . فَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ .
فكَذَلِكَ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ « عَلَى » لَيْسَتْ مِنْ أَدَوَاتِ الشَّرْطِ وَلَا
الْبَدَلِ ، فَأَشْبَهَ قَوْلَهُ : وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . وَالثَّانِيَةُ ، إِنَّ قَبْلَ الْعَبْدِ ^(٢) عَتَقَ وَلَزِمَتْهُ
الْأَلْفُ ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ لَمْ ^(٣) يَعْتَقُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى

مِنْ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : هَكَذَا ذَكَرَهُ الْمُتَأَخِّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا .
قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : يَعْتَقُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، عَلَى الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ،
و « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « مُتَخَبِّ الْأَدْمِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
و « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَصَحَّحَهُ النَّازِمُ . وَعَنْهُ ، لَا يَعْتَقُ إِنْ لَمْ
يَقْبَلْ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ . فَقَدَّمَ
الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ يَعْتَقُ مَجَانًا بِلا قَبُولٍ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَنَصَرَهُ الْقَاضِي
وَأَصْحَابُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « نَظْمِ الْمُفْرَدَاتِ » ،
وَهُوَ مِنْهَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « حَنِيلٌ » .

(٢) فِي م : « الْعَتَقَ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

حنيفة . وهذه الرواية هي الصحيحة ؛ لأنه أعتقه بعوض ، فلم يعتق بدون قبوله ، كما لو قال : أنت حرٌّ بألفٍ . ولأنَّ « على » تستعمل للشرط والعوض ، قال الله تعالى : ﴿ قَالَ لَهُ مُوسَىٰ هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰ أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عَلَّمْتَ رُشْدًا ۖ ﴾^(١) . وقال : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ۖ ﴾^(٢) . وقال : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ۖ ﴾^(٣) . ولو قال في النكاح : زَوَّجْتُكَ فَلَانَةَ ابْنَتِي عَلَى خَمْسِمِائَةِ دِرْهَمٍ . فقال الآخر : قَبِلْتُ . صحَّ^(٤) النكاح ، وَوَجَبَ الصَّدَاقُ .

و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وعنه ، إن لم يقبل العبد ، لم يعتق . وهذا المذهب . قال المصنف هنا : وهو الصحيح . وصحَّحه في « الشرح » ، و « شرح ابن منجي » . وجزم به الأدمي في « منتخبه » . وقدمه في « الفروع » . وأطلقهما في « المحرر » . وذكر في « الواضح » رواية ، أن قوله : أنت حرٌّ على ألفٍ . شرط لازم بلا قبول ، كبقية الشروط .

فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم لو قال له : أنت حرٌّ على أن تعطيني ألفاً . أو قال لأمتي : أعتقتك على أن تزوجيني نفسك . لكن إن أبت ، لزمها قيمة نفسها .

(١) سورة الكهف ٦٦ .

(٢) سورة الكهف ٩٤ .

(٣) سورة القصص ٢٧ .

(٤) سقط من : الأصل .

وَأِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَخْدِمَنِي سَنَةً . فَكَذَلِكَ . وَقِيلَ : إِنْ
لَمْ يَقْبَلْ لَمْ يَعْتَقْ . رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ .

٢٩٤٤ - مسألة : (وإن قال : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَخْدِمَنِي سَنَةً .
فَكَذَلِكَ . وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَقْبَلْ لَمْ يَعْتَقْ . رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ) فعلى هذا ، إِذَا قَبِلَ
الْعَبْدُ عَتَقَ فِي الْحَالِ ، وَلَزِمَتْهُ خِدْمَتُهُ سَنَةً . فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ كَمَالِ السَّنَةِ
رُجِعَ عَلَى الْعَبْدِ بِقِيَمَةِ مَا بَقِيَ مِنَ الْخِدْمَةِ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو
حنيفة : تُقَسَّطُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ عَلَى خِدْمَةِ السَّنَةِ ، فَيُسْقَطُ مِنْهَا بِقَدْرِ مَا مَضَى ،

على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : تَعْتَقُ مَجَّانًا بِقَبُولِهَا .
وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهَا لَا تَعْتَقُ إِلَّا بِالْأَدَاءِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ قَالَ لَهُ : أَنْتَ حُرٌّ بِمِائَةِ .
أَوْ : بِعُتْلِكَ نَفْسِكَ بِمِائَةِ . فَقَبِلَ ، عَتَقَ وَلَزِمَتْهُ الْمِائَةُ ، وَإِلَّا فَلَا . جَزَمَ بِهِ فِي
« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ ، لَمْ يَعْتَقْ عِنْدَ الْأَصْحَابِ ،
وَقَطَعُوا بِهِ . وَخَرَجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَجْهًا ، أَنَّهُ يَعْتَقُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ،
كَمَا لَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ بِالْفِ . عَلَى مَا يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي أَوَاخِرِ
الْخُلْعِ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ وَالْعِتَاقَ فِيهِمَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، وَلَيْسَ الْعِوَضُ رُكْنًا فِيهِمَا إِذَا لَمْ
يُعْلَقْهُمَا عَلَيْهِ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ وَاخْتِيَارِ الْأَصْحَابِ ، الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ، أَنَّ خُرُوجَ
الْبُضْعِ فِي النِّكَاحِ غَيْرُ مَتَقَوِّمٍ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِ
الرِّضَاعِ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ ؛ فَإِنَّهُ مَالٌ مَحْضٌ . قَالَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْخَمْسِينَ
بَعْدَ الْمِائَةِ » .

قوله : وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَخْدِمَنِي سَنَةً . فَكَذَلِكَ . يَعْنِي ، كَقَوْلِهِ :
أَنْتَ حُرٌّ عَلَى الْفِ . فعلى إحدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، يَعْتَقُ مَجَّانًا . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ،
لَا يَعْتَقُ حَتَّى يَقْبَلَ . وَقَدْ عَلِمْتَ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ فِي الرِّوَايَتَيْنِ . وَهَذَا إِحْدَى

وَيُرْجَعُ عَلَيْهِ بِمَا بَقِيَ مِنْ قِيَمَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعِتْقَ عَقْدٌ لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ ،
فَإِذَا تَعَدَّرَ فِيهِ اسْتِيفَاءُ الْعَوْضِ رُجِعَ إِلَى قِيَمَتِهِ ، كَالْخُلْعِ فِي النِّكَاحِ ،
وَالصُّلْحِ فِي دَمِ الْعَمْدِ^(١) . فَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي أَلْفًا .
فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يَقْبَلَ . فَإِذَا قَبِلَ عَتَقَ وَلَزِمَتْهُ الْأَلْفُ . فَأَمَّا إِنْ
قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ بِأَلْفٍ . لَمْ يَعْتَقُ حَتَّى يَقْبَلَ ، وَتَلَزَمَهُ الْأَلْفُ .

الطُّرُقُ فِي الْمَسْأَلَةِ . وَقَدَّمَ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ هُنَا بِلَا قَبُولٍ ، وَتَلَزَمُهُ الْخِدْمَةُ .
[١٤٣/٣] وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَاخْتَارَهُ
ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِهِ . وَجَزَمَ بِهِ
فِي « الْقَوَاعِدِ » ، وَقَالَ : نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ « الْوَجِيزِ » . وَهِيَ الطَّرِيقَةُ
الثَّانِيَةُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » بِقِيلَ وَقِيلَ . وَقَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْحَاوِيِ »
الصَّغِيرِ : إِنْ لَمْ يَقْبَلَ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَعْتَقُ وَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ .
وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَعْتَقُ . وَقَدَّمَ فِي : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ . أَنَّهُ يَعْتَقُ مَجَانًّا ، فَخَالَفَا
الطَّرِيقَتَيْنِ . وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَقْبَلَ ، لَمْ يَعْتَقُ . رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَهِيَ الطَّرِيقَةُ الثَّالِثَةُ .
وَعَلَى كَلَامِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْحَاوِيِ » ، تَكُونُ طَرِيقَةً رَابِعَةً . وَتَقَدَّمَ
ذَلِكَ فِي أَوَائِلِ الْبَابِ .

فَوَائِدُ ؛ الْأُولَى ، مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ ، لَوْ اسْتَشْنَى نَفْعَهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً . الثَّانِيَةُ ،
لَوْ مَاتَ السَّيِّدُ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ ، رَجَعَ الْوَرَثَةُ عَلَى الْعَبْدِ بِقِيَمَةِ مَا بَقِيَ مِنَ الْخِدْمَةِ . قَالَه
الْمُصَنِّفُ ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَابْنُ حَمْدَانَ ، وَغَيْرُهُمْ . الثَّالِثَةُ ، يَجُوزُ لِلْسَّيِّدِ بَيْعُ هَذِهِ

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « الْعَبْدِ » .

الْخِدْمَةِ . نَصَّ عَلَيْهِ . نَقَلَ حَرْبٌ : لَا بَأْسَ بَبَيْعِهَا ، مِنْ الْعَبْدِ أَمْ مِمَّنْ شَاءَ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَهُوَ الصَّوَابُ . ذَكَرَ هَاتَيْنِ الرَّوَايَتَيْنِ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْمُسْتَوْعِبِ» . وَ «الْفُرُوعِ» ، وَ «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ «الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ» . الرَّابِعَةُ ، قَالَ فِي «الْفُرُوعِ» : لَمْ يَذْكُرِ الْأَصْحَابُ مَا لَوْ اسْتَشْنَى السَّيِّدُ خِدْمَتَهُ مَدَّةَ حَيَاتِهِ ، وَذَكَرُوا صِحَّةَ ذَلِكَ فِي الْوَقْفِ . قَالَ : وَهَذَا مِثْلُهُ ، يُؤَيِّدُهُ ، أَنَّ بَعْضَهُمْ اخْتَجَّ بِمَا رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا اعْتَقَتْ سَفِينَةً ، وَشَرَطَتْ عَلَيْهِ خِدْمَةَ النَّبِيِّ ﷺ مَا عَاشَ^(١) . قَالَ : وَهَذَا بِخِلَافِ شَرْطِ الْبَائِعِ خِدْمَةَ الْمَبِيعِ مَدَّةَ حَيَاتِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ لِأَجَلِهِ . انْتَهَى . قُلْتُ : صَرَّحَ بِذَلِكَ ، أَعْنَى بِجَوَازِ ذَلِكَ ، فِي «الْقَوَاعِدِ» ، فِي «الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثِينَ» . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ . الْخَامِسَةُ ، لَوْ بَاعَهُ نَفْسَهُ بِمَالٍ فِي يَدِهِ ، صَحَّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي «الرُّعَايَتَيْنِ» ، وَ «الْفَائِقِ» : صَحَّ عَلَى أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . قَالَ فِي «الْمُغْنَى» ، وَ «الشَّرْحِ» ، فِي الْوَلَاءِ : وَإِنْ اشْتَرَى الْعَبْدُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ بِعَوَضٍ حَالٍ ، عَتَقَ وَالْوَلَاءُ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَالَهُ بِمَالِهِ ، فَهُوَ مِثْلُ الْمُكَاتَبِ سَوَاءً ، وَالسَّيِّدُ هُوَ الْمُعْتَقُ لهما ، فَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ عَلَيْهِمَا . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْفُرُوعِ» . قَالَ فِي «التَّرْغِيبِ» : مَا خَذَهُمَا ، هَلْ هُوَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ أَوْ تَعْلِيقُ مَحْضٍ ؟ وَيَأْتِي فِي الْكِتَابَةِ ، هَلْ تَصِحُّ الْكِتَابَةُ حَالَةً ؟ . السَّادِسَةُ ، لَوْ قَالَ : إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا فَانْتَ حُرٌّ . فَهُوَ تَعْلِيقُ مَحْضٍ لَا يَنْطُلُ مَا دَامَ مِلْكُهُ ، وَلَا يَعْتَقُ بِالْإِبْرَاءِ مِنْهَا ، بَلْ بَدَفَعَهَا . نَصَّ عَلَيْهِ . وَمَا فَضَّلَ عَنْهَا فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، وَلَا يَكْفِيهِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ مِلْكِهِ ؛ إِذْ لَا مِلْكَ لَهُ عَلَى أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ ، فَهُوَ

(١) تقدم تخریجه فی صفحة ٨ .

فصل : وَإِذَا قَالَ : كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ . عَتَقَ عَلَيْهِ مُدَبَّرُوهُ ، وَمُكَاتَبُوهُ ، وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ ، وَشِقْصُ يَمْلِكُهُ .

فصل : قال ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَإِذَا قَالَ : كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ . عَتَقَ عَلَيْهِ مُكَاتَبُوهُ ، وَمُدَبَّرُوهُ ، وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ ، وَشِقْصُ يَمْلِكُهُ) لِأَنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ فِيهِمْ ، فَعَتَقُوا ، كَمَا لَوْ عَيْنَهُمْ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِرْشَادِ » ، أَنَّ الشَّقْصَ لَا يَغْتَقُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ كُلُّهُ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ .

كَقَوْلِهِ لَامْرَأَتِهِ : إِنْ أُعْطَيْتَنِي مِائَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَأَتَتْ بِمِائَةٍ مَعْصُوبَةٍ ، فَفِي وَقْعِهِ احْتِمَالَانِ . قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْعِتْقُ مِثْلُهُ ، وَأَنَّ هَذَا الْخِلَافَ يَجْرِي فِي الْفَاسِدَةِ إِذَا صَرَّحَ بِالْتَّغْلِيْقِ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ فِي الْأَوَّلَى ، إِنَّ قَالَهُ لِصَغِيرٍ ، لَمْ يَجْزْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ . السَّابِعَةُ ، لَوْ قَالَ : جَعَلْتُ عِتْقَكَ إِلَيْكَ . أَوْ : خَيْرْتُكَ . وَنَوَى تَقْوِيضَهُ إِلَيْهِ ، فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ فِي الْمَجْلِسِ ، عَتَقَ ، وَبِتَوَجُّهٍ كَطَّلَاقٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . وَلَوْ قَالَ : اشْتَرَيْتَنِي مِنْ سَيِّدِي بِهَذَا الْمَالِ ، وَأَعْتَقْتَنِي . ففَعَلَ ، عَتَقَ ، وَلَزِمَ مُشْتَرِيهِ الْمُسَمَّى . وَكَذَا إِنْ اشْتَرَاهُ بَعِيْنُهُ ، إِنْ لَمْ تَتَّعِنْ التَّقْوُدَ ، وَإِلَّا بَطَلَا . وَعَنْهُ ، أُجِيزَ عَنْهُ . وَذَكَرَ الْأَزْجِيُّ ؛ إِنْ صَرَّحَ الْوَكِيلُ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْعَبْدِ ، وَقَعَ عَنْهُ وَعَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ ، اِحْتَمَلَ ذَلِكَ ، وَاحْتَمَلُ أَنْ يَقَعَ عَنِ الْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَقَعَ لَعَتَقَ ، وَالسَّيِّدُ لَمْ يَرْضَ بِالْعِتْقِ .

قوله : وَإِنْ قَالَ : كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ . عَتَقَ عَلَيْهِ مُدَبَّرُوهُ ، وَمُكَاتَبُوهُ ، وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ . وَكَذَا عَبِيدُ عَبْدِهِ التَّاجِرِ . بَلَا نِزَاعٍ فِي ذَلِكَ . وَعَتَقَ عَلَيْهِ شِقْصُ يَمْلِكُهُ مُطْلَقًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : لَا يَغْتَقُ الشَّقْصُ بِدُونِ نِيَّةٍ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَنَقَلَهُ مُهَنَّأٌ ، كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ شِقْصٌ فَقَطْ ، وَقَالَ : ذَلِكَ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ .

وَأِنْ قَالَ : أَحَدُ عَبْدَيَّ حُرٌّ . أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ تَقَعُ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ
فَهُوَ حُرٌّ مِنْ حِينَ أُعْتَقَهُ .

الشرح الكبير

٢٩٤٥ - مسألة : (وإن قال : أَحَدُ عَبْدَيَّ حُرٌّ . أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ،
فَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ مِنْ حِينَ أُعْتَقَهُ) إذا قال : أَحَدُ عَبْدَيَّ حُرٌّ .
ولم يَنْوِ واحدًا بَعَيْنِهِ ، عَتَقَ أَحَدَهُم بِالْقُرْعَةِ ، وليس لِلْسَيِّدِ التَّعْيِينَ ، ولا

الإنصاف

فائدة : لو قال : عَبْدِي حُرٌّ . أو : أَمْتِي حُرَّةٌ . أو : زَوْجَتِي طَالِقٌ . ولم يَنْوِ
مُعَيَّنًا ، عَتَقَ الْكُلَّ ، وتَطَلَّقَ كُلُّ نِسَائِهِ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نصٌّ عليه ،
وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُتَوَرِّ » ،
وغيرهم . وقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ، و « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » ،
وغيرهم . وهو مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وهذا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْمُفْرَدَ الْمُضَافَ يُعْمُ ،
وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يُعْمُ . وقِيلَ : يَغْتَقُ وَاحِدًا بِالْقُرْعَةِ . وقِيلَ : يَغْتَقُ وَاحِدًا ،
وَتَطَلَّقُ وَاحِدَةً ، وتُخْرَجُ بِالْقُرْعَةِ . اختارَهُ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » . قال فِي
« الْفَائِقِ » : وهو الْمُخْتَارُ . وَيَأْتِي التَّنْبِيهُ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا فِي أَوَّلِ بَابِ صَرِيحِ
الطَّلَاقِ وَكِنَايَتِهِ .

تنبيه : قال فِي [١٤٣/٣] « الْفُرُوعِ » عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ : وَالْمُرَادُ ، إِنْ كَانَ
« عَبْدٌ » مُفْرَدًا لِلذَّكَرِ وَأُنْثَى ، فَإِنْ كَانَ لِلذَّكَرِ فَقَطْ ، لَمْ يَشْمَلْ أُنْثَى ، إِلَّا إِنْ اجْتَمَعَا
تَغْلِيظًا . قال الإمامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ قَالَ لَخَدَمٍ لَهُ رِجَالٌ وَنِسَاءٌ : أَنْتُمْ
أَحْرَارٌ . وَكَانَتْ مَعَهُمْ أُمٌّ وَلَدَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهَا : إِنَّهَا تَغْتَقُ . قال أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَزِيُّ ،
بَعْدَ الْمَسْأَلَةِ : وَكَذَا إِنْ قَالَ : كُلُّ عَبْدٍ أَمْلِكُهُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ .

فائدة : قَوْلُهُ : وَإِنْ قَالَ : أَحَدُ عَبْدَيَّ حُرٌّ . أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . وكذا لو قال : أَحَدُ
عَبْدِي حُرٌّ . أو : بَعْضُهُمْ حُرٌّ . ولم يَنْوِ ، يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ . وهو مِنْ مُفْرَدَاتِ

للوارث بعده . فإن قال : أرذت هذا بعينه . قبل منه ، وعتق ؛ لأن ذلك إنما يُعرف من جهته . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : للمعتق التعيين ، ويُطالب بذلك ، فيعتق من عينه وإن لم يكن نواه حالة القول ، وإذا عتق بتعيينه فليس لسائر العبيد الاعتراض عليه ؛ لأن له تعيين العتق ابتداءً ، فإذا أوقعه غير مُعين ، كان له تعيينه ، كالطلاق . ولنا ، أن مُستحق [١٥/٦ ظ] العتق غير مُعين ، فلم يملك تعيينه ، ووجب أن يُميز بالقرعة ، كما لو أعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث ، وكما لو أعتق مُعيناً ثم نسيه ، والطلاق كمسألتنا . فإن مات المعتق ولم يُعين ،

المذهب . وخرج في « القواعد » وجهاً ، أنه يعتق بتعيينه ، من الرواية التي في الطلاق . وكذا لو أدى أحد مكاتبه وجهاً ، أقرع هو أو وارثه في الجميع . ولو قال لأمتيه : إحدكما حرّة . ولم ينو ، حرّم وطوئهما معاً بدون قرعة . على الصحيح من المذهب . وفيه وجه ؛ تميز المُعتقة بتعيينه ، فإن وطئ واحدة ، لم تعتق الأخرى ، كما لو عينها ثم أنسيها . قال في « الرعاية الكبرى » : قلت : ويحتمل أن تعتق . قال : فلو قال لإمائه الأربع : إن وطئت واحدة منكن فواحدة منكن حرّة . ثم وطئ ثلاثاً ، أقرع بين الأولّة والرابعة ، فإن وطئها عتقت الأولّة ، وإن كان وطئها ثانياً قبل وطئ الرابعة عتقت الرابعة فقط ، ويحدّ إن علم قبله بعقبتها . ويأتى في باب الشك في الطلاق ، إذا قال : إن كان هذا الطائر غراباً فعبدى حرّاً . وقال آخر : إن لم يكن غراباً فعبدى حرّاً . وكثير من الأصحاب يذكر هذه المسألة هنا .

وَإِنْ مَاتَ أَقْرَعُ الْوَرَثَةُ .

المنع

الشرح الكبير

فَالْحُكْمُ عِنْدَنَا لَا يَخْتَلِفُ ، وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ التَّعْيِينُ ، بَلْ يُخْرَجُ الْمُعْتَقُ^(١) بِالْقُرْعَةِ . وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى هَذَا إِذَا قَالُوا : لَا نَذَرِي أَيَّهِمْ أَعْتَقَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَهُمُ التَّعْيِينُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ مَوْرُوثِهِمْ . وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِي الْمُعْتَقِ^(٢) .

فصل : وَلَوْ أَعْتَقَ إِحْدَى إِمَائِهِ^(٣) غَيْرَ مَعِينَةٍ^(٤) ، ثُمَّ وَطِئَ إِحْدَاهُنَّ ، لَمْ يَتَّعِنِ الرِّقُّ فِيهَا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَتَّعِنُ الرِّقُّ فِيهَا . لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ عِنْدَهُ تَتَّعِنُ بِتَعْيِينِهِ ، وَوَطْؤُهُ دَلِيلٌ عَلَى تَعْيِينِهِ . وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ مَعَهُ .

فصل^(٥) : وَقَوْلُهُ : مِنْ حِينَ أَعْتَقَهُ . يُرِيدُ أَنَّ الْعَبْدَ إِنْ كَانَ اكْتَسَبَ مَالًا بَعْدَ^(٦) الْعِتْقِ ، فَهُوَ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا^(٧) أَنَّهُ اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْحُرِّيَّةِ .

٢٩٤٦ - ^(١)مسألة : (فَإِنْ مَاتَ أَقْرَعُ الْوَرَثَةُ) لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْمُعْتَقِ^(٢) .

الإنصاف

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْعِتْقُ » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَعْدِلُ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « بَيْنَا » .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : م .

المقنع وَإِنْ مَاتَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ أَقْرَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَيِّ .

الشرح الكبير

٢٩٤٧ - مسألة : (وَإِنْ مَاتَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ أَقْرَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَيِّ)
فَإِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى الْمَيِّتِ حَسَبْنَاهُ مِنَ التَّرَكَةِ ، وَقَوْمُنَاهُ حِينَ الْإِعْتَاقِ ،
سَوَاءً مَاتَ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ الْقُرْعَةِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ
مَالِكٌ : إِنْ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَالْحَيُّ جَمِيعُ التَّرَكَةِ ، لَا يَعْتَقُ إِلَّا ثُلُثَهُ ،
وَلَا يُعْتَبَرُ الْمَيِّتُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحْسُوبٍ مِنَ التَّرَكَةِ ، وَلِهَذَا لَوْ أُعْتِقَ الْحَيُّ بَعْدَ
مَوْتِهِ لَأَعْتَقْنَا ثُلُثَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَيِّتَ أَحَدُ الْمُعْتَقَيْنِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُ
وَبَيْنَ الْحَيِّ ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ سَيِّدِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعِتْقِ تَحْصِيلُ
ثَوَابِهِ ، وَهُوَ يَحْصُلُ فِي حَقِّ الْمَيِّتِ ، فَيَدْخُلُ فِي الْقُرْعَةِ ، كَالَّذِي مَاتَ بَعْدَ
سَيِّدِهِ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى الْمَيِّتِ حَسَبْنَاهُ مِنَ التَّرَكَةِ ،
وَقَوْمُنَاهُ حِينَ الْإِعْتَاقِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِتْلَافِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْحَيِّ ، نَظَرَتْ
فِي الْمَيِّتِ ؛ فَإِنْ كَانَ مَوْتُهُ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ قَبْضِ الْوَارِثِ
لَهُ ، لَمْ نَحْسُبْهُ مِنَ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَى الْوَارِثِ ، فَتَكُونُ التَّرَكَةُ الْحَيِّ
وَخَدَهُ ، فَيَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ حِينَ الْإِعْتَاقِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ إِتْلَافِهِ ، وَتُعْتَبَرُ
قِيمَةُ التَّرَكَةِ بِأَقْلَى الْأُمْرَيْنِ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ إِلَى حِينَ قَبْضِ الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّ
الزِّيَادَةَ تَجَدَّدَتْ عَلَى مِلْكِ الْوَارِثِ ، فَلَمْ تُحَسَّبْ عَلَيْهِ مِنَ التَّرَكَةِ ،
وَالنَّقْصَانُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، فَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ ، فَأُشْبِهَ الشَّارِدَ وَالْآبِقَ ، وَإِنَّمَا
يُحَسَّبُ عَلَيْهِ مَا حَصَلَ فِي يَدَيْهِ ، وَلَا يُحَسَّبُ الْمَيِّتُ مِنَ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ

الإِنصَاف

وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ثُمَّ أَنْسِيَهُ ، أَخْرَجَ بِالْقُرْعَةِ .

الشرح الكبير

« ما وَصَلَ إِلَى الْوَرْتَةِ ، وَإِنْ كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ قَبْضِ الْوَرْتَةِ لَهُ ، حُسِبَ مِنَ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ^(١) وَصَلَ إِلَيْهِمْ ، وَجَعَلْنَاهُ كَالْحَيِّ فِي تَقْوِيمِهِ مَعَهُ ، وَالْحُكْمُ بِإِعْتَاقِهِ إِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِ ، أَوْ مِنَ الثَّلَاثِينَ إِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَتُحْسَبُ قِيمَتُهُ أَقَلَّ الْأُمْرَيْنِ مِنْ حِينَ مَوْتِ سَيِّدِهِ إِلَى حِينَ قَبْضِهِ .

[١٦/٦] **فصل :** فَإِنْ دَبَّرَ ثَلَاثَةَ أَعْبَدٍ ، أَوْ وَصَّى بِعِتْقِهِمْ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، بَطُلَ تَدْبِيرُهُ وَالْوَصِيَّةُ فِيهِ ، وَأُقْرِعَ بَيْنَ الْحَيِّينَ ، وَأُعْتَقَ مِنْ أَحَدِهِمَا ثُلُثُهُمَا ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا يُمَكِّنُ الْحُكْمَ بَوُقُوعِ الْعِتْقِ فِيهِ ، لَكُونِهِ مَاتَ قَبْلَ الْوَقْتِ الَّذِي يَعْتَقُ فِيهِ ، وَقَبْلَ تَحْقُقِ شَرْطِ الْعِتْقِ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا ، فَإِنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ مِنْ حِينَ الْإِعْتَاقِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ تُبَيِّنُهُ وَتُكْشِفُهُ ، وَلِهَذَا يُحْكَمُ بِعِتْقِهِ مِنْ حِينَ الْإِعْتَاقِ ، وَيَكُونُ كَسْبِهِ لَهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْأَحْرَارِ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ . وَإِنْ مَاتَ الْمُدَبِّرُ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ أُقْرِعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَحْيَاءِ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ مِنْ حِينَ مَوْتِ السَّيِّدِ .

٢٩٤٨ - مسألة : (وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَأَنْسِيَهُ ، أَخْرَجَ بِالْقُرْعَةِ) هَذَا قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ . وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَذْكُرَ ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُبَيِّنَ أَقْرَعَ الْوَرْتَةَ بَيْنَهُمْ . وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ : يَعْتَقُونَ

الإنصاف

قوله : وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ثُمَّ أَنْسِيَهُ ، أَخْرَجَ بِالْقُرْعَةِ . إِمَّا الْمُعْتَقُ أَوْ وَارِثُهُ . وَهَذَا بِإِذْنِ أَهْلِ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَخَرَجَ فِي « الْقَوَاعِدِ » وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا يُقْرِعُ

(١ - ١) سقط من : م .

المقنع [١٩٣ ظ] فَإِنْ عَلِمَ بَعْدَهَا أَنَّ الْمُعْتَقَ غَيْرُهُ ، عَتَقَ . وَهَلْ يَبْطُلُ عِتْقُ
الْأَوَّلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير
كُلُّهُمْ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ ، وَمَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ ، وَكَانُوا ثَلَاثَةً ،
عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدْرِ ثُلُثِهِمْ ، وَإِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدْرِ رُبْعِ قِيَمَتِهِمْ .
وَعَلَى هَذَا ، فَيُقَرَّرُ بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ أَقْلُ مِنَ الرُّبْعِ
أُعِيدَتِ الْقُرْعَةُ حَتَّى يَكْمُلَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ قَالَ الشُّهُودُ :
نَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَعْتَقَ^(١) أَحَدَ عَبِيدِهِ وَلَمْ يُسَمِّ . عَتَقَ ثُلْثُ كُلِّ وَاحِدٍ ،
وَسَعَى فِي بَاقِيهِ ، أَوْ رُبْعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً . وَإِنْ قَالُوا : نَشْهَدُ
أَنَّ فُلَانًا أَعْتَقَ^(٢) بَعْضَ عَبِيدِهِ وَنَسِيْنَاهُ . فَشَهَادَتُهُمْ بَاطِلَةٌ . وَنَحْوُ هَذَا قَوْلُ
الشَّعْبِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَلَمْ يَذْكُرُوا مَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ فِي الشَّهَادَةِ .
وَلَنَا ، أَنَّ مُسْتَحَقَّ الْعِتْقِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَعْتَقَ جَمِيعَهُمْ فِي مَرَضٍ
مَوْتِهِ .

٢٩٤٩ - مسألة : (فَإِنْ عَلِمَ بَعْدُ أَنَّ الْمُعْتَقَ غَيْرُهُ ، عَتَقَ . وَهَلْ
يَبْطُلُ عِتْقُ الْأَوَّلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، يَبْطُلُ وَيُرَدُّ إِلَى الرَّقِّ ، وَيَعْتَقُ
الَّذِي عَيْنُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ لَهُ الْمُعْتَقُ ، فَيَعْتَقُ دُونَ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُقَرَّرْ .

الإنباف
هنا ، مِنْ الطَّلَاقِ . قَالَ : وَأَشَارَ إِلَيْهِ بَعْضُ الْأَصْحَابِ . ذَكَرَهُ فِي آخِرِ
« الْقَوَاعِدِ » . فَإِنْ عَلِمَ بَعْدَهَا أَنَّ الْمُعْتَقَ غَيْرُهُ ، عَتَقَ . وَهَلْ يَبْطُلُ عِتْقُ الْأَوَّلِ ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،

(١ - ١) سقط من : م .

فَصْلٌ : وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ، وَلَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ ، اعْتَبَرَ المقنع
مِنْ ثُلَاثِهِ .

الشرح الكبير

والثاني ، يَعْتَقَانِ مَعًا . قَالَ اللَّيْثُ ، وَمُقْتَضَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ ثَبَتَ الْحَرِيَّةُ فِيهِ بِالْقُرْعَةِ ، فَلَا تَزُولُ ، كَسَائِرِ الْأَحْرَارِ ، وَلِأَنَّ قَوْلَ الْمُعْتَقِ : ذَكَرْتُ مَنْ كُنْتُ نَسِيتُهُ . يَتَضَمَّنُ إِقْرَارَهُ بِحَرِيَّةٍ مَنْ ذَكَرَهُ وَإِقْرَارًا عَلَى غَيْرِهِ ، فَقَبِلَ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ دُونَ غَيْرِهِ . أَمَّا إِذَا لَمْ يُقَرَّغْ ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ ، فَيَعْتَقُ مَنْ عَيْنُهُ ، وَيَرِقُّ غَيْرُهُ ، فَإِذَا قَالَ : أَعْتَقْتُ هَذَا . عَتَقَ ، وَرَقَّ الْبَاقُونَ ، وَإِنْ قَالَ : أَعْتَقْتُ هَذَا ، لَا بَلْ هَذَا . عَتَقَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِعَتَقِ الْأَوَّلِ ، فَلَزِمَهُ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِعَتَقِ الثَّانِي ، فَلَزِمَهُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ عَنْ إِقْرَارِهِ الْأَوَّلِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي إِقْرَارِ الْوَارِثِ .

فصل : قَالَ الشَّيْخُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ، وَلَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ ، اعْتَبَرَ مِنْ ثُلَاثِهِ) إِذَا أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ الْمَوْتَ الْمَخُوفِ ، اعْتَبَرَ مِنَ الثَّلَاثِ إِذَا لَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ ، وَكَذَلِكَ التَّدْيِيرُ ، وَالْوَصِيَّةُ بِالْعَتَقِ ؛

الإنصاف

و « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَبْطُلُ عِتْقُهُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . الْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَبْطُلُ ، كَمَا لَوْ كَانَتِ الْقُرْعَةُ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ؛ فَإِنَّهَا لَوْ كَانَتْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، لَمْ يَبْطُلْ عِتْقُهُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَهَذَا الْوَجْهُ مُقْتَضَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ .

المقنع فَإِنْ أُعْتِقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ جَمِيعَهُ ، عَتَقَ جَمِيعَهُ . وَعَنْهُ ، لَا يَعْتَقُ إِلَّا مَا أُعْتِقَ .

الشرح الكبير لَأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالٍ ، أَشْبَهَ [١٦/٦ ظ] الْهَبَةَ ، وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُجْزَ مِنْ عِتْقِ الذِّي أُعْتِقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ فِي مَرَضِهِ إِلَّا ثُلُثَهُمْ^(١) . وَمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ ، إِنْ أَجَازُوهُ جَازٌ^(٢) ، فَإِنْ رَدُّوهُ بَطُلَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَجَازَ بِإِجَازَتِهِمْ وَبَطُلَ بِرَدِّهِمْ .

٢٩٥٠ - مسألة : (وَإِنْ أُعْتِقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُ) وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : إِذَا مِتُّ فَنِصْفُ عَبْدِي حُرٌّ . ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنْ كَانَ النِّصْفُ الْمُدَبَّرُ ثُلْثَ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، عَتَقَ ، وَلَمْ يَسْرِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ دَبَّرَهُ كُلَّهُ لَمْ يَعْتَقْ مِنْهُ إِلَّا ثُلُثُهُ ، فَإِذَا لَمْ يُدَبَّرْ إِلَّا ثُلُثُهُ كَانَ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ كُلُّهُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ ، فَفِي تَكْمِيلِ الْحُرِّيَةِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَكْمُلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَرَوْنَ التَّدْيِيرَ كَالْعِتْقِ فِي

الإِنصاف قوله : وَإِنْ أُعْتِقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ جَمِيعَهُ ، عَتَقَ جَمِيعَهُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَقَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَعَنْهُ ، لَا يَعْتَقُ إِلَّا مَا أُعْتِقَ أَوْ دَبَّرَ لَا غَيْرُ . وَعَنْهُ ، يَعْتَقُ جَمِيعَهُ فِي الْمُنَجَّرِ دُونَ

(١) تقدم تخريجه في ١٢٤/١٧ . ويضاف إليه : وأخرجه ابن ماجه ، في : باب القضاء بالقرعة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٥/٢ ، ٧٨٦ .
(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

السَّرَايَةِ . وهو أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ ^(١) «إِعْتَاقٌ لِبَعْضٍ» عَبْدُهُ ، فَعَتَّقَ جَمِيعَهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ فِي حَيَاتِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يُكَمِّلُ الْعِتْقُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ ، فَلَمْ يَسِرْ ، كَتَعْلِيْقِهِ بِالصَّفَةِ فِي الْحَيَاةِ . فَأَمَّا إِنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ فِي مَرَضِهِ ، فَهُوَ كَعِتْقِ جَمِيعِهِ ، إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ عِتْقَ جَمِيعِهِ ، وَإِلَّا عَتَّقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ فِي الْمَرَضِ كَالْإِعْتَاقِ فِي الصَّحَّةِ ، إِلَّا فِي اعْتِبَارِهِ مِنَ الثُّلْثِ . وَتَصَرُّفُ الْمَرِيضِ فِي ثُلُثِهِ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ كَتَصَرُّفِ الصَّحِيحِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ . (وَعَنْهُ ، لَا يَعْتَقُ مِنْهُ إِلَّا مَا أَعْتَقَ) كَمَا لَوْ أَعْتَقَ شَرَكًا لَهُ فِي عَبْدٍ وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ جَمِيعَهُ .

فصل : وَإِذَا دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ صَحَّ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ لَشَرِيكِهِ فِي الْحَالِ شَيْءٌ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . فَإِذَا مَاتَ عَتَّقَ الْجُزْءُ الْمُدَبِّرُ إِذَا خَرَجَ مِنْ ثُلُثِهِ . وَفِي سِرَايَتِهِ إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا دَبَّرَ نَصِيبَهُ تَقَاوَمَاهُ ، فَإِنْ صَارَ لِلْمُدَبِّرِ ، صَارَ مُدَبِّرًا كُلَّهُ ، وَإِنْ

التَّذْيِيرِ . وَأُطْلِقَ فِي « الشَّرْحِ » الرُّوَايَتَيْنِ فِي تَكْمِيلِ الْعِتْقِ بِالتَّذْيِيرِ ، إِذَا كَانَ يَخْرُجُ الْإِنْصَافُ مِنَ الثُّلْثِ ، وَقَدَّمَ عِتْقَ الْجَمِيعِ فِيْمَا إِذَا نَجَزَ الْبَعْضَ .

فائدة : لَوْ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ سَيِّدِهِ ، عَتَّقَ مِنْهُ ^(٢) بِقَدْرِ ثُلُثِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّ رَدَّ الْوَرَثَةِ هُنَا لَا فَائِدَةَ لَهُمْ فِيهِ .

(١ - ١) فِي م : « أَعْتَقَ الْبَعْضَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ط .

المقنع وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ بَاقِيَهُ ، أُعْطِيَ الشَّرِيكَ ، وَكَانَ جَمِيعُهُ حُرًّا ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَعْتَقُ إِلَّا مَا مَلَكَ مِنْهُ .

الشرح الكبير صار للآخر ، صار رقيقاً كله . وقال الليث : يَغْرُمُ الْمُدَبِّرُ لَشَرِيكَهِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ ، وَيَصِيرُ الْعَبْدُ كُلُّهُ مُدَبَّرًا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، سَعَى الْعَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِ الشَّرِيكَ ، فَإِذَا أَدَّاهَا ، صار مُدَبَّرًا كُلُّهُ . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَضْمَنُ الْمُدَبِّرُ لِلشَّرِيكَ قِيمَةَ حَقِّهِ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ، وَيَصِيرُ الْمُدَبِّرُ لَهُ . وقال أبو حنيفة : الشَّرِيكَ بِالْخِيَارِ ؛ إِنْ شَاءَ دَبَّرَ ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ صَاحِبُهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ عَلَى صِفَةٍ ، فَصَحَّ فِي نَصِيبِهِ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَهُ بِمَوْتِ شَرِيكَهِ .

٢٩٥١ - مسألة : (وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ بَاقِيَهُ ، أُعْطِيَ الشَّرِيكَ ، وَكَانَ جَمِيعُهُ حُرًّا ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَعْتَقُ إِلَّا مَا مَلَكَ مِنْهُ) وَجُمْلَتُهُ ، أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ شَقْصًا مِنْ عَبْدٍ ، فَأَعْتَقَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أَوْ وَصَّى بِعِتْقِهِ ، ثُمَّ

الإصناف قوله : وَإِنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ بَاقِيَهُ ، أُعْطِيَ الشَّرِيكَ - يَعْنِي قِيمَةَ حِصَّتِهِ - وَكَانَ جَمِيعُهُ حُرًّا ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الْخَرْقِيِّ » ، وَ « الزَّرْكَاشِيِّ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَعْتَقُ جَمِيعَهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَاخْتَارَهُ أَبُو

مات ، ولم يَفِ ثُلُثُ مَالِهِ بِقِيَمَةِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، لم يَعْتَقْ إِلَّا نَصِيبَهُ ،
 بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُهُ ، إِلَّا قَوْلًا شَاذًّا ، أو قولَ مَنْ يَرَى السَّعَايَةَ ؛ وذلكَ لِأَنَّهُ
 ليسَ له مِنْ مَالِهِ إِلَّا الثُّلُثُ الَّذِي اسْتَعْرِفَتْهُ قِيَمَةُ الشَّقْصِ ، فَيَبْقَى [١٧/٦ و]
 مُعْسِرًا ، بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَعْتَقَ فِي صِحَّتِهِ شَقْصًا وَهُوَ مُعْسِرٌ . فَإِنْ كَانَ ثُلُثُ
 مَالِهِ يَبْقَى بِقِيَمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِه ، سَرَى إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكِ - فِي إِحْدَى
 الرَّوَايَتَيْنِ - فَيَعْتَقُ الْعَبْدُ كُلَّهُ ، وَيُعْطَى الشَّرِيكُ قِيَمَةَ نَصِيبِهِ مِنَ الثُّلُثِ ؛
 لِأَنَّ مِلْكَ الْمُعْتَقِ لثُلُثِ الْمَالِ تَامٌ ، لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِالتَّبَرُّعِ وَغَيْرِهِ ، فَهُوَ
 كَمَالِ الصَّحِيحِ ، فَأَشْبَهَ عِنَقَ الصَّحِيحِ الْمُوسِرِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَعْتَقُ إِلَّا
 حِصَّتَهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَه يَزُولُ إِلَى وَرَثَتِهِ بِمَوْتِهِ ، فَلَا يَبْقَى شَيْءٌ يُقْضَى مِنْهُ
 الشَّرِيكُ . وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : مَا أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ
 سَرَى ، وَمَا دَبَّرَهُ أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِ لَمْ يَسِرْ ، فَالرَّوَايَةُ فِي سِرَايَةِ الْعِتْقِ فِي حَالِ
 الْحَيَاةِ أَصَحُّ ، وَالرَّوَايَةُ فِي وَقُوفِهِ فِي التَّدْبِيرِ أَصَحُّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛
 لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي الْحَيَاةِ يَنْفُذُ فِي حَالِ مِلْكَ الْمُعْتَقِ وَصِحَّةَ تَصَرُّفِهِ ، وَتَصَرُّفُهُ
 فِي ثُلَاثِهِ كَتَصَرُّفِ الصَّحِيحِ فِي مَالِهِ كُلِّهِ ، فَأَمَّا التَّدْبِيرُ وَالْوَصِيَّةُ ، فَإِنَّمَا
 يَحْصُلُ الْعِتْقُ بِهِ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكَ الْمُعْتَقِ وَتَصَرُّفَاتِهِ .

الْخَطَّابُ فِي « خِلَافِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَالْأُخْرَى ،
 لَا يَعْتَقُ إِلَّا مَا مَلَكَ مِنْهُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخَانِزِيُّ ،
 وَالشَّرِيفُ . وَقَالَ الْقَاضِي : مَا أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ، سَرَى ، وَمَا دَبَّرَهُ أَوْ وَصَّى
 بِعَتَقِهِ ، لَمْ يَسِرْ . فَالرَّوَايَةُ فِي سِرَايَةِ الْعِتْقِ فِي حَالِ الْحَيَاةِ ، أَصَحُّ ، وَالرَّوَايَةُ فِي وَقُوفِهِ
 فِي التَّدْبِيرِ ، أَصَحُّ . وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . أَعْنَى ، التَّفَرُّقَةُ .

وَلَوْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبَدٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ ، وَثَلَاثُهُ يَحْتَمِلُهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُهُمْ ، يَبْعُوا فِي دَيْنِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ ثَلَاثُهُمْ .

٢٩٥٢ - مسألة : (وإن أعتق في مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبَدٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ ، وَثَلَاثُهُ يَحْتَمِلُهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُهُمْ ، يَبْعُوا فِي دَيْنِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ ثَلَاثُهُمْ) وجملة ذلك ، أَنَّ المريضَ إِذَا أَعْتَقَ عَبِيدَهُ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُمْ ، أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِمْ ، وَهُمْ يَخْرُجُونَ مِنْ ثَلَاثِهِ فِي الظَّاهِرِ ، فَأَعْتَقْنَاهُمْ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُهُمْ ، تَبَيَّنَ بَطْلَانُ عَتَقِهِمْ وَبَقَاءُ رِقَّتِهِمْ ، فَيُبَاعُونَ فِي الدَّيْنِ ، وَيَكُونُ عَتَقُهُمْ وَصِيَّةً ، وَالدَّيْنُ يُقَدَّمُ عَلَى الْوَصِيَّةِ . قَالَ عَلِيُّؓ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالدَّيْنِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ^(١) . وَلِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ عَلَى الْمِيرَاثِ بِالِاتِّفَاقِ ، وَلِهَذَا تَبَاعُ التَّرَكَةُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ^(٢) . وَالْمِيرَاثُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ فِي الثَّلَاثِينَ ، فَمَا يُقَدَّمُ عَلَى الْمِيرَاثِ يَجِبُ أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى الْوَصِيَّةِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَرَدَّ ابْنُ أَبِي لَيْلَى عَبْدًا أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ . قَالَ أَحْمَدُ : أَحْسَنَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ رَوَايَةً أُخْرَى ، فِي الذِّي يُعْتَقُ عَبْدُهُ فِي مَرَضِهِ

قوله : وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبَدٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ ، وَثَلَاثُهُ يَحْتَمِلُهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُهُمْ ، يَبْعُوا فِي دَيْنِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ،

(١) تقدم تخريجه في ١٧/١٤٦ .

(٢) سورة النساء ١١ .

وعليه دَيْنٌ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَيُرَدُّ الْبَاقِي ؛ لِأَن تَصَرُّفَ الْمَرِيضِ فِي ثُلُثِهِ كَتَصَرُّفِ الصَّحِيحِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، وَكَأَلَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ . وَقَالَ قَتَادَةُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقُ : يَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَبَرَّعَ فِي مَرَضٍ مَوْتُهُ بِمَا يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَقُدِّمَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، كَالْهَبَةِ ، وَلَأنَّهُ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثُّلُثِ ، فَقُدِّمَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، كَالْوَصِيَّةِ . وَخَفَاءُ الدَّيْنِ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِهِ ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْعَرِيمُ اسْتِيفَاءَهُ . فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَعْتَقَهُمْ وَقَدْ اسْتَحَقَّهُمُ الْعَرِيمُ بِدَيْنِهِ ، فَلَمْ يَنْفُذْ عِتْقَهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ مِلْكَ غَيْرِهِ .

فَإِنْ قَالَ الْوَرِثَةُ : نَحْنُ نَقْضِي الدَّيْنَ وَنُمْضِي الْعِتْقَ . لَمْ يَنْفُذْ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، حَتَّى يَتَدَيُّوا الْعِتْقَ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ كَانَ مَانِعًا مِنْهُ ، فَيَكُونُ بَاطِلًا ، وَلَا يَصِحُّ بَزْوَالِ الْمَانِعِ بَعْدَهُ . وَالثَّانِي ، يَنْفُذُ الْعِتْقُ ؛ [١٧/٦ ظ] لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْهُ إِنَّمَا هُوَ الدَّيْنُ ، فَإِذَا سَقَطَ وَجَبَ نَفُودُهُ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ الْوَرِثَةُ حُقُوقَهُمْ مِنْ ثُلَاثِي التَّرَكَةِ ، نَفَذَ^(١) الْعِتْقَ فِي الْجَمِيعِ . وَلَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . وَقِيلَ : إِنْ أَصْلَ الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا تَصَرَّفَ الْوَرِثَةُ فِي التَّرَكَةِ بَيَّعَ أَوْ غَيْرَهُ وَعَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ ، وَقُضِيَ الدَّيْنُ ، هَلْ يَنْفُذُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

و « الرُّعَايَةُ الْكُبْرَى » ، فِي بَابِ تَبَرُّعَاتِ الْمَرِيضِ . وَقُدِّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ ، وَقُدِّمَهُ فِي « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ ثُلُثَهُمْ . وَهُوَ رَوَايَةٌ ذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ . فَإِنْ التَّرَمَّ وَارِثُهُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ ، فَفِي نَفُودِ

(١) فِي م : « بَعْدَ » .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَ الْمَرِيضُ ثَلَاثَةَ أَعْبَدٍ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَأَقْرَعَ الْوَرْتَةَ ، فَأَعْتَقُوا وَاحِدًا وَأَرْقُوا اثْنَيْنِ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ نِصْفَهُمْ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَبْطُلُ الْقُرْعَةُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ شَرِيكَ فِي الْإِقْرَاعِ ، فَإِذَا حَصَلَتِ الْقِسْمَةُ مَعَ عَدَمِهِ كَانَتْ بَاطِلَةً ، كَمَا لَوْ قَسَمَ شَرِيكَانِ دُونَ شَرِيكِهِمَا الثَّالِثِ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ الْإِقْرَاعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِمْضَاءُ الْقِسْمَةِ وَإِفْرَادُ حِصَّةِ الدَّيْنِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّصِيبَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ دَخَلَتْ لِأَجْلِ الْعِتْقِ دُونَ الدَّيْنِ ، فَيُقَالُ لِلْوَرْتَةِ : أَقْضُوا ثُلُثَي الدَّيْنِ . وَهُوَ بِقَدْرِ قِيَمَةِ نِصْفِ الْعَبْدَيْنِ اللَّذَيْنِ بَقِيَا ؛ إِمَّا مِنَ الْعَبِيدِ ، وَإِمَّا مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَيَجِبُ رَدُّ نِصْفِ الْعَبْدِ الَّذِي عَتَقَ ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا خَرَجَتْ

عَتَقَهُمْ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَقَالَا : وَقِيلَ : أَصْلُ الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا تَصَرَّفَ الْوَرْتَةَ فِي التَّرَكَةِ بِيَعٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَعَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ ، فَقُضِيَ الدَّيْنُ ، هَلْ يَنْفُذُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . قُلْتُ : الصَّوَابُ نَفْوذُ عَتَقِهِمْ .

فائدتان ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ بَعْضَهُمْ ، احْتَمَلَ بُطْلَانَ عِتْقِ الْكُلِّ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يَبْطُلَ بِقَدْرِ الدَّيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، [١٤٤/٣] وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . الثَّانِيَةُ ، قَوْلُهُ : وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ ، فَأَعْتَقْنَا ثُلُثَهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلُثِهِ ، عَتَقَ مَنْ أَرْقَى مِنْهُمْ . بَلَا نِزَاعٍ . وَكَانَ كَسْبُهُمْ لَهُمْ مِنْذُ عَتَقُوا . وَقَدَّمَ ابْنُ رَزِينٍ ، أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ عَتَقُهُمْ ، وَحَكَاهُمَا فِي « الْكَافِي » احْتِمَالَيْنِ .

وَأِنْ أَعْتَقَهُمْ ، فَأَعْتَقْنَا ثُلُثَهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلُثِهِ ،
عَتَقَ مَنْ أَرِقَّ مِنْهُمْ .

الشرح الكبير

الْقُرْعَةُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، وَكَانَ بِقَدْرِ السُّدُسِ مِنَ التَّرَكَةِ ، عَتَقَ ، وَبِيعَ الْآخَرُ
فِي الدَّيْنِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْهُ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ السُّدُسِ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ ،
عَتَقَ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخِرِ تَمَامَ السُّدُسِ .

٢٩٥٣ - مسألة : (وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ ، فَأَعْتَقْنَا ثُلُثَهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ
يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلُثِهِ ، عَتَقَ مَنْ أَرِقَّ مِنْهُمْ) وَجَمَلُهُ ، أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ عَبِيدَهُ فِي
مَرَضِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُمْ ، أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِمْ ، لَمْ يَعْتَقْ مِنْهُمْ إِلَّا الثُّلُثُ ، وَيَرِقُّ
الثُّلَاثَانُ ، إِذَا لَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ عَتَقَهُمْ ، فَإِذَا فَعَلْنَا ذَلِكَ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ بِقَدْرِ
مِثْلِهِمْ ^(١) ، تَبَيَّنَا أَنَّهُمْ قَدْ عَتَقُوا مِنْ حِينَ أَعْتَقَهُمْ ، أَوْ مِنْ حِينَ مَوْتِهِ إِنْ
كَانَ دَبَّرَهُمْ أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِمْ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْمَرِيضِ فِي ثُلْثِ مَالِهِ نَافِذٌ ،
وَقَدْ بَانَ أَنَّهُمْ ثُلْثُ مَالِهِ ، وَخَفَاءُ ذَلِكَ عَلَيْنَا لَا يَمْنَعُ كَوْنَهُ مَوْجُودًا ، فَلَا
يَمْنَعُ كَوْنَ الْعِتْقِ وَاقِعًا . فَعَلَى هَذَا ، يَكُونُ حُكْمُهُمْ حُكْمَ الْأَحْرَارِ مِنْ حِينَ
أَعْتَقَهُمْ ، فَيَكُونُ كَسْبُهُمْ لَهُمْ . وَإِنْ كَانُوا قَدْ تَصَرَّفَ فِيهِمْ بَيْعًا أَوْ هَبَةً
أَوْ رَهْنًا أَوْ تَزْوِيجًا بِغَيْرِ إِذْنٍ ، كَانَ بَاطِلًا . وَإِنْ كَانُوا قَدْ تَصَرَّفُوا ، فَحُكْمُ
تَصَرُّفِهِمْ حُكْمُ تَصَرُّفِ الْأَحْرَارِ ، فَلَوْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ مِنْهُمْ بِغَيْرِ إِذْنٍ ^(٢) سَيِّدِهِ ،
كَانَ نِكَاحُهُ صَاحِحًا ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ . وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِمْ ،

الإنصاف

(١) فِي ٢ ، م : « ثَلَاثِهِمْ » .

(٢) إِلَى هُنَا يَنْتَهِي الْجُزْءُ الْخَامِسُ مِنْ نَسْخَةِ جَامِعَةِ الرِّيَاضِ ، وَالْمَشَارُ إِلَيْهَا بِ « ٢ ر » .

الشرح الكبير
عَتَقَ ثُلَاثُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ ثَلَاثُ جَمِيعِ الْمَالِ ، فَيُقْرَعُ بَيْنَ الَّذِينَ وَفَّقُوا ، فَيَعْتَقُ مَنْ تَقَعُّ لَهُ الْقِرْعَةُ إِنْ وَفَّى الثَّلَاثَانِ بِقِيَمَتِهِ وَقِيَمَةِ الْأَوَّلِ ، وَالْأَعْتَقُ مِنْهُ تَمَامُ الثَّلَاثِينَ . وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ بِقَدَرِ نِصْفِهِمْ ، عَتَقَ نِصْفَهُمْ ، وَإِنْ كَانَ بِقَدَرِ ثُلُثِهِمْ ، عَتَقَ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهِمْ ، وَعَلَى هَذَا الْحِسَابُ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِعَتَقِ عَبْدٍ لَهُ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَجَبَ عَلَى الْوَصِيِّ إِعْتَاقَهُ ، فَإِنْ وَصَّى بِذَلِكَ [١٨/٦ و] وَرَثَتُهُ لَزِمَهُمْ إِعْتَاقُهُ ، فَإِنْ اِمْتَنَعُوا أَجْبَرَهُمُ السُّلْطَانُ أَوْ مَنْ يَنْوِبُ مَنَابَهُ كَالْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى وَلِلْعَبْدِ ، وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ ذَلِكَ نَابَ السُّلْطَانُ عَنْهُ أَوْ نَائِبُهُ ، كَالزَّكَاةِ وَالذُّيُونِ . فَإِذَا أَعْتَقَهُ الْوَارِثُ أَوْ السُّلْطَانُ عَتَقَ ، وَمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَيَاةِ الْمُوصِيِّ فَهُوَ لِلْمُوصَى ، يَكُونُ مِنْ تَرَكَتِهِ إِنْ بَقِيَ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَ عَبْدَهُ الْقِنَ ، وَمَا كَسَبَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَبْلَ إِعْتَاقِهِ فَهُوَ لِلْوَارِثِ . وَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ لِلْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَهُ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ سَبَبِ الْعِتْقِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَكَسَبِ الْمُكَاتَبِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : فِيهِ قَوْلَانِ ، مَبْنِيَّانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي كَسَبِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِهِ قَبْلَ قَبُولِ الْوَصِيَّةِ ^(١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدٌ قِنٌ ، فَكَانَ كَسَبُهُ لِلْوَرِثَةِ ، كَغَيْرِ الْمُوصَى بِعِتْقِهِ ، وَكَالْمُعْلَقِ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ ، وَفَارَقَ الْمُكَاتَبَ ؛ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ كَسَبَهُ قَبْلَ عِتْقِهِ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَهُ ، وَيَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ بِأَمِّ الْوَلَدِ ؛ فَإِنَّ عِتْقَهَا قَدْ اسْتَقَرَّ سَبَبُهُ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهَا ، وَكَسَبُهَا

(١) انظر ما تقدم في صفحة ٧ وما بعدها .

الشرح الكبير

له ، والموصى به ممنوع ، وإن سلمناه ، فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك ، وإنما وقف على شرط هو القبول ، فإذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب ، وفي الوصية بالعتق ما وجد السبب ، وإنما أوصى بإيجاده ، وهو العتق ، فإذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقاً عليه ، ولهذا يملك الموصى له القبول^(١) بنفسه . والعبد ههنا لا يملك أن يعتق نفسه . فإن مات العبد قبل موت سيده ، وقبل إعتاقه ، فما كسبه للورثة على قولنا ، ولا نعلم قول مخالفاً فيه .

فصل : فإن علق عتق عبده على شرط في صحته ، فوجد في مرضه ، اعتبر خروجه من الثلث . قاله أبو بكر ، قال^(٢) : وقد نص أحمد على مثل هذا في الطلاق . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر ، أنه يعتق من رأس المال . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه لا^(٣) يثبت فيه ، فأشبه العتق في صحته . ولنا ، أنه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله ، فاعتبر من الثلث ، كالمُنَجَّر . وقولهم : لا يثبت فيه . قلنا : وكذلك العتق المُنَجَّر لا يثبت فيه ؛ فإن الإنسان لا يثبت بمحابة غير الوارث وتقديمه على وارثه ، وإنما منعه منه لما فيه من الضرر بالورثة ، وهو حاصل ههنا . ولو قال : إذا قدم زيد وأنا مريض فانت حر . فقدِم وهو مريض ، كان معتبراً من الثلث ، وجهها واحداً .

الإصناف

(١) في الأصل : « بالقبول » .

(٢) سقط من : م .

وَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ بِسَهْمٍ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقٍّ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ
الْحُرِّيَّةِ عَتَقَ ، وَرَقَّ الْبَاقُونَ .

الشرح الكبير

٢٩٥٤ - مسألة : (وإن لم يظهر له مال جزأناهم ثلاثة أجزاء ؛ كل اثنين جزأ ، وأقرعنا بينهم بسهم حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقٍّ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ
الْحُرِّيَّةِ عَتَقَ ، وَرَقَّ الْبَاقُونَ) وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وأبان بن عثمان ،
ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وداود ، وابن جرير . وقال أبو حنيفة :
يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَهُ ، وَيُسْتَسْعَى فِي بَاقِيهِ . وَرَوَى نَحْنُ هَذَا عَنْ سَعِيدِ
ابْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَشُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَحَمَّادٍ ؛
لأنهم [١٨/٦ ظ] تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الْاِسْتِحْقَاقِ ، فَيَتَسَاوَوْنَ فِي
الْاِسْتِحْقَاقِ ، كَمَا لَوْ كَانَ يَمْلِكُ^(١) ثُلُثُهُمْ وَحْدَهُ ، وَهُوَ ثُلُثُ مَالِهِ ، أَوْ كَمَا
لَوْ وَصَّى بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِرَجُلٍ . وَأَنْكَرَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ الْقُرْعَةَ ،
وَقَالُوا : هِيَ مِنَ الْقِمَارِ وَحُكْمِ الْجَاهِلِيَّةِ . وَلَعَلَّهُمْ يَرُدُّونَ الْخَبَرَ الْوَارِدَ فِي
هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لِمُخَالَفَتِهِ قِيَاسَ الْأُصُولِ . وَذَكَرَ الْحَدِيثُ لِحَمَّادٍ ، فَقَالَ :
هَذَا قَوْلُ الشَّيْخِ . يَعْنِي إِبْلِيسَ ، فَقَالَ لَهُ مُحَمَّدُ بْنُ ذَكْوَانَ : وَضِعَ الْقَلَمُ
عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهُمُ الْمَجْنُونُ حَتَّى يُفِيقَ . يَعْنِي - إِنَّكَ مَجْنُونٌ . فَقَالَ لَهُ
حَمَّادٌ : مَا دَعَاكَ إِلَى هَذَا ؟ فَقَالَ لَهُ^(٢) مُحَمَّدٌ : وَأَنْتَ مَا دَعَاكَ إِلَى هَذَا ؟

الإنصاف

(١) في م : « لا يملك إلا » .

(٢) سقط من م .

وهذا قليلٌ في جوابِ حَمَادٍ ، وكانَ حَرِيًّا أَنْ يُسْتَتَابَ عن هذا ، فَإِنْ تَابَ
وإِلَّا ضُرِبَتْ عُنُقُهُ^(١) . وَلَنَا ، ما رَوَى عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا مِنْ
الْأَنْصَارِ أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ فِي مَرَضِهِ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَجَزَّاهُمْ رَسُولُ
اللَّهِ ﷺ سِتَّةَ أَجْزَاءٍ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَى أَرْبَعَةً^(٢) . وَهَذَا نَصٌّ فِي مَحَلِّ
النِّزَاعِ ، وَحُجَّةٌ لَنَا فِي الْأَمْرَيْنِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِمَا ، وَهُمَا جَمْعُ الْحُرِّيَّةِ
وَاسْتِجْمَالُ الْقُرْعَةِ ، وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ،
وَسَائِرُ أَصْحَابِ السُّنَنِ . وَرَوَاهُ عَنْ عِمْرَانَ : الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَأَبُو
الْمُهَلَّبِ ، ثَلَاثَةُ أَئِمَّةٍ . وَرَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ^(٣) ، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عِيسَى ،
عَنْ هُشَيْمٍ ، عَنْ خَالِدِ الْحَذَّاءِ ، عَنْ أَبِي قِلَابَةَ ، عَنْ أَبِي زَيْدٍ الْأَنْصَارِيِّ ،
رَجُلٍ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ . وَرَوَى نَحْوُهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنْ النَّبِيِّ
ﷺ^(٤) . وَلَأنَّهُ حَقٌّ فِي تَفْرِيقِهِ ضَرَرٌ ، فَوَجَبَ جَمْعُهُ بِالْقُرْعَةِ ، كَقِسْمَةِ
الْإِجْبَارِ إِذَا طَلَبَهَا أَحَدُ الشَّرَكَاءِ ، وَنَظِيرُهُ مِنَ الْقِسْمَةِ مَا لَوْ كَانَتْ دَارَ بَيْنِ
اثْنَيْنِ ؛ لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثُهَا وَلِلْآخَرِ ثَلَاثُهَا ، وَفِيهَا ثَلَاثَةُ مَسَاكِينَ مُتَسَاوِيَةٍ لَا ضَرَرَ
فِي قِسْمَتِهَا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ ، فَإِنَّهُ يُجْعَلُ كُلُّ بَيْتٍ سَهْمًا^(٥) ،

(١) هذه الحكاية مما يُستبعد وقوعه ، وإن ثبتت ، فهي من النوادر ، فمرجع جميع الأئمة كتاب الله الكريم وما
صح عن رسوله الأمين ، وكل إنسان يؤخذ من قوله ويُردَّ إلَّا رسولنا محمدًا ﷺ .

(٢) تقدم تخرجه في ١٢٤/١٧ وصفيحة ١١٠ .

(٣) في : المسند ٣٤١/٥ .

(٤) أخرجه البيهقي ، في السنن الكبرى ٢٨٦/١٠ .

(٥) في الأصل : « بينهما » .

وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ بِثَلَاثَةِ أَشْهُمٍ ؛ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمٌ ، وَلِلْآخَرِ سَهْمَانِ .
 وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْخَبَرَ يُخَالِفُ قِيَاسَ الْأُصُولِ . نَمْنَعُ ذَلِكَ ، بَلْ هُوَ مُوَافِقٌ لِمَا
 ذَكَرْنَاهُ . وَقِيَاسُهُمْ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِلْكُهُ ^(١) ثُلُثُهُمْ وَحْدَهُ ، لَمْ ^(٢) يُمْكِنْ
 جَمْعُ ^(٣) نَصِيبِهِ ، وَالْوَصِيَّةُ لَا ضَرَرَ فِي تَفْرِيقِهَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَإِنْ
 سَلَّمْنَا مُخَالَفَتَهُ قِيَاسَ الْأُصُولِ ، فَقَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَاجِبُ الْإِتِّبَاعِ ،
 سَوَاءٌ وَافَقَ الْقِيَاسَ أَوْ خَالَفَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلُ الْمَعْصُومِ الَّذِي جَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى
 قَوْلَهُ حُجَّةً عَلَى الْخَلْقِ أَجْمَعِينَ ، وَأَمَرَ بِاتِّبَاعِهِ وَطَاعَتِهِ ، وَحَذَرَ الْعِقَابَ فِي
 مُخَالَفَةِ أَمْرِهِ ، وَجَعَلَ الْفَوْزَ فِي طَاعَتِهِ وَالضَّلَالَ فِي مَعْصِيَتِهِ . وَتَطَرَّقَ الْخَطَأُ
 إِلَى الْقَائِسِ فِي قِيَاسِهِ أَغْلَبُ مِنْ تَطَرَّقِ الْخَطَأِ إِلَى أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ
 وَالْأَئِمَّةِ بَعْدَهُمْ فِي رِوَايَتِهِمْ ، عَلَى أَنَّهُمْ قَدْ خَالَفُوا قِيَاسَ الْأُصُولِ بِأَحَادِيثَ
 ضَعِيفَةٍ ، فَأَوْجَبُوا الْوُضُوءَ بِالنَّبِيذِ فِي السَّفَرِ دُونَ الْحَضَرِ ، وَنَقَضُوا الْوُضُوءَ
 بِالْقَهْقَرَةِ فِي الصَّلَاةِ دُونَ [١٩/٦] خَارِجِهَا ، وَقَوْلُهُمْ فِي مَسْأَلَتِنَا فِي
 مُخَالَفَةِ الْقِيَاسِ وَالْأُصُولِ أَشَدُّ وَأَعْظَمُ ، وَالضَّرَرُ فِي مَذْهَبِهِمْ أَعْظَمُ ؛
 وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ مُنْعَقِدٌ عَلَى أَنَّ صَاحِبَ الثُّلُثِ فِي الْوَصِيَّةِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا ،
 لَا يَحْصُلُ لَهُ شَيْءٌ ^(٣) حَتَّى يَحْصُلَ لِلْوَرَثَةِ مِثْلَاهُ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا يُعْتَقُونَ
 الثُّلُثَ ، وَيَسْتَسْبِغُونَ الْعَبْدَ فِي الثَّلَاثِينَ ، فَلَا يَحْصُلُ لِلْوَرَثَةِ شَيْءٌ ^(٣) فِي

(١) فِي م : « مِلْكُهُمْ » .

(٢ - ٢) فِي م : « يَكُنْ جَمِيعٌ » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

الشرح الكبير

الحال ، وَيُحِيلُونَهُمْ عَلَى السَّعَايَةِ ، فَرُبَّمَا لَا يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ أَصْلًا ، وَرُبَّمَا لَا يَحْصُلُ مِنْهَا فِي الشَّهْرِ إِلَّا الْيَسِيرُ ، كَالدَّرْهَمِ وَالذَّرْهَمَيْنِ ، فَيَكُونُ هَذَا كَمَنْ لَمْ يَحْصُلْ^(١) لَهُ شَيْءٌ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْعَبِيدِ ؛ لِأَنَّهُمْ يُجْبِرُونَهُمْ عَلَى الْكَسْبِ وَالسَّعَايَةِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِمْ ، وَرُبَّمَا كَانَ الْمُجْبَرُ^(٢) جَارِيَةً ، فَيَحْمِلُهَا ذَلِكَ عَلَى الْبِغَاءِ ، أَوْ عَبْدًا ، فَيَسْرِقُ أَوْ يَقَطْعُ الطَّرِيقَ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمَيِّتِ ، حَيْثُ أَفْضَوْا بِوَصِيَّتِهِ إِلَى الظُّلْمِ وَالْإِضْرَارِ ، وَتَحْقِيقِ مَا يُوجِبُ لَهُ الْعِقَابَ مِنْ رَبِّهِ وَالِدُّعَاءَ عَلَيْهِ مِنْ عَبِيدِهِ وَوَرَثَتِهِ . وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الْحَدِيثِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي حَقِّ الَّذِي فَعَلَ هَذَا ، قَالَ : « لَوْ شَهِدْتُهُ^(٣) لَمْ يُدْفَنَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ »^(٤) . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ^(٥) : فِي قَوْلِ الْكُوفِيِّينَ ضُرُوبٌ مِنَ الْخَطَا وَالْاضْطِرَابِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ السُّنَّةِ الثَّابِتَةِ . وَأَشَارَ إِلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا انْكَارُهُمُ الْقُرْعَةَ ، فَقَدْ جَاءَتْ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَمَهُمْ أُيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرِيْمَ ﴾^(٦) . وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾^(٧) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : فِي الْقُرْعَةِ خَمْسُ سُنَنِ ؛

الإنصاف

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَجْعَلُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الْخَبِيرُ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « شَهِدَ بِهِ » .

(٤) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ لَمْ يُلْغِهِمُ الثَّلَاثُ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ٣٥٣/٢ .

(٥) فِي : الْأَسْتِذْكَارِ ١٤٤/٢٣ - ١٤٦ .

(٦) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٤٤ .

(٧) سُورَةُ الصَّافَّاتِ ١٤١ .

أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ^(١) . وَأَقْرَعَ فِي سِتَّةِ مَمْلُوكِينَ^(٢) . وَقَالَ لِرَجُلَيْنِ : « اسْتَهَمَا »^(٣) . وَقَالَ : « مَثَلُ الْقَائِمِ بِحُدُودِ اللَّهِ وَالْمُدَاهِنِ فِيهَا ، كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ »^(٤) . وَقَالَ : « لَوْ يَعْلَمُ النَّاسُ مَا فِي النَّدَاءِ وَالصَّفِّ الْأَوَّلِ لاسْتَهَمُوا عَلَيْهِ »^(٥) . وَفِي حَدِيثِ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ صَفِيَّةَ جَاءَتْ بِثَوْبَيْنِ لِيُكْفَنَ فِيهِمَا حَمْزَةُ ، فَوَجَدْنَا إِلَى جَنْبِهِ قَتِيلًا ، فَقُلْنَا : لِحَمْزَةِ ثَوْبٍ وَلِلْأَنْصَارِيِّ ثَوْبٌ . فَوَجَدْنَا أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ أَوْسَعَ مِنَ الْآخَرِ ، فَأَقْرَعْنَا عَلَيْهِمَا ، ثُمَّ كَفَّنَا كُلَّ وَاحِدٍ فِي الثَّوْبِ الَّذِي صَارَ^(٦) لَهُ^(٧) . وَتَشَاحَّ النَّاسُ يَوْمَ الْقَادِسِيَّةِ فِي الْأَذَانِ ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ سَعْدٌ^(٨) . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى اسْتِعْمَالِهَا فِي الْقِسْمَةِ ، وَلَا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ خِلَافًا فِي أَنَّ الرَّجُلَ يُقْرَعُ بَيْنَ نِسَائِهِ إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ بِأَحْدَاهُنَّ ، وَإِذَا أَرَادَ الْبِدَايَةَ فِي الْقِسْمَةِ بَيْنَهُنَّ ، وَبَيْنَ الْأَوْلِيَاءِ إِذَا تَشَاحُّوا فِي مَنْ يَتَوَلَّى التَّزْوِيجَ ، أَوْ مَنْ يَتَوَلَّى اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ ، وَأَشْبَاهِ هَذَا .

(١) تقدم تخريجه في ٣٢/١٠ .

(٢) هو حديث عمران بن حصين ، تقدم تخريجه في ١٢٤/١٧ .

(٣) تقدم تخريجه في ٢٥٧/١١ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه ، من كتاب الشركة ، وفي : باب القرعة في المشكلات ، من كتاب الشهادات . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ٢٣٧ . والترمذي ، في : باب منه حدثنا أحمد بن منيع ... من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ١٩/٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨/٤ ، ٢٧٠ .

(٥) تقدم تخريجه في ٤٤/٣ .

(٦) في م : « طار » .

(٧) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٦٥/١ .

(٨) تقدم تخريجه في ٦١/٣ .

الشرح الكبير

فصل في كيفية القرعة : قال أحمد : قال سعيد بن جبيرة : يُقرع بينهم بالخوايتيم . أقرع بين اثنين في ثوب ، فأخرج خاتم هذا (وخاتم هذا) . ثم قال : يخرجون بالخوايتيم ثم تدفع إلى رجل ، فيخرج منها واحدا . قال أحمد : بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به ، سواء كان رقاعا أو خوايتيم . وقال أصحابنا المتأخرون : الأولى أن يقطع رقاعا صغارا مستوية ، ثم تجعل في بنادق شمع أو غيره ، متساوية القدر والوزن [١٩/٦ ظ] ثم تُلقي في حجر رجل لم يحضر ، ويُعطى عليها بثوب ، ثم يُقال له : أدخل يدك فأخرج بُدقة . فيفضها ويعلم ما فيها . وهذا قول الشافعي .

وفي كيفية القرعة والعِتق ست مسائل ؛ أحدها ، أن يعتق عددا من العبيد لهم ثلث صحيح ، كثلاثة أو تسعة أو ستة (٢) قيمتهم متساوية ، ولا مال له غيرهم ، فيجزعون ثلاثة أجزاء ؛ جزءا للحرية ، وجزأين للرق ، ويكتب ثلاث رقاع ؛ في واحدة حرية ، وفي اثنين رق ، وتترك في ثلاث بنادق ، وتعطى بثوب ، ويقال لرجل لم يحضر : أخرج على اسم هذا الجزء . فإن خرجت قرعة الحرية ، عتق ، ورق الجزءان الآخران ، وإن خرجت قرعة (٣) رق ، رق وأخرجت أخرى على جزء آخر ، فإن

الإنصاف

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) م : د أو ، .

(٣) سقط من : م .

خَرَجَتْ رُقْعَةُ الْحَرِيَّةِ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْجُزْءُ الثَّالِثُ ، وَإِنْ خَرَجَتْ رُقْعَةٌ^(١) الرِّقُّ ، رَقَّ ، وَعَتَقَ الْجُزْءُ الثَّالِثُ ؛ لِأَنَّ الْحَرِيَّةَ تَعَيَّنَتْ فِيهِمْ ، وَإِنْ شَتَّ كَتَبْتَ اسْمَ كُلِّ جُزْءٍ فِي رُقْعَةٍ ، ثُمَّ أَخْرَجْتَ رُقْعَةً عَلَى الْحَرِيَّةِ ، فَإِذَا أَخْرَجْتَ رُقْعَةً ، عَتَقَ الْمُسَمَّونَ فِيهَا ، وَيَرِقُّ الْبَاقُونَ ، وَإِنْ أَخْرَجْتَ رُقْعَةً عَلَى الرِّقِّ ، رَقَّ الْمُسَمَّونَ فِيهَا ،^(٢) ثُمَّ تُخْرِجُ أُخْرَى عَلَى الرِّقِّ ، فَيَرِقُّ الْمُسَمَّونَ فِيهَا ، وَيَعْتَقُ الْجُزْءُ الثَّالِثُ ، وَإِنْ أَخْرَجْتَ الثَّانِيَةَ عَلَى الْحَرِيَّةِ ، عَتَقَ الْمُسَمَّونَ فِيهَا^(٣) ، وَرَقَّ الثَّالِثُ .

المسألة الثانية ، أَنْ تُمْكِنَ قِسْمَتُهُمْ أَثْلَاثًا ، وَقِيَمَتُهُمْ مُخْتَلَفَةٌ يُمَكِّنُ تَعْدِيلُهُمْ بِالْقِيَمَةِ ، كَسِتَّةٍ ؛ قِيَمَةُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ ثَلَاثَةُ آلَافٍ^(٣) ثَلَاثَةُ آلَافٍ^(٣) ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفَانِ^(٤) وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفُ أَلْفٍ^(٤) ، فَتَجْعَلُ الْاِثْنَيْنِ الْأَوْسَطَيْنِ جُزْءًا ، وَتَجْعَلُ اثْنَيْنِ قِيَمَةً أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةُ آلَافٍ مَعَ آخَرِ قِيَمَتِهِ أَلْفُ جُزْءًا ، وَالْآخَرَيْنِ جُزْءًا ، فَيَكُونُونَ^(٥) ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ ، عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . قِيلَ لِأَحْمَدَ : لَمْ يَسْتَوْوَا فِي الْقِيَمَةِ ؟ قَالَ : يُقَوِّمُونَ بِالثَّمَنِ .

المسألة الثالثة ، أَنْ يَتَسَاوَوْا فِي الْعَدَدِ وَيَخْتَلِفُوا فِي الْقِيَمَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُ

(١) فِي م : « قِرْعَةٌ » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي م : « فَكُونَ » .

الْجَمْعُ بَيْنَ تَعْدِيلِهِمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ مَعًا ، وَلَكِنْ يُمَكِّنُ تَعْدِيلُهُمْ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِدًا ، كَسِتَّةٍ أَعْبُدِ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ أَلْفٌ ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وَقِيَمَةُ ثَلَاثَةِ أَلْفٍ ، فَإِنَّهُمْ يُعَدَّلُونَ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْعَدَدِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ وَاحِدٍ مِثْلَ اثْنَيْنِ قَوْمَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ الْعِتْقُ فِي أَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ وَلَا أَقَلِّ ، وَفِي قِسْمَتِهِ بِالْعَدَدِ تَكَرَّرُ الْقُرْعَةُ ، وَتَبْعِيضُ الْعِتْقِ حَتَّى يَكْمُلَ الثُّلُثُ ، فَكَانَ التَّعْدِيلُ بِالْقِيَمَةِ أَوْلَى . بَيَانُ ذَلِكَ ، أَنَّا لَوْ جَعَلْنَا مَعَ الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفٌ آخَرَ ، فَخَرَجَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ لهُمَا ، احْتِجْنَا أَنْ نَعِيدَ الْقُرْعَةَ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا خَرَجَتْ عَلَى الْقَلِيلِ الْقِيَمَةِ عَتَقَ ، وَعَتَقَ مِنَ الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفٌ تَمَامَ الثُّلُثِ . وَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى اثْنَيْنِ قِيَمَتُهُمَا دُونَ الثُّلُثِ عَتَقَا ، ثُمَّ أُعِيدَتِ لَتَكْمِيلِ الثُّلُثِ ، فَإِذَا وَقَعَتْ عَلَى وَاحِدٍ ، كَمَلَتِ الْحُرِّيَّةُ مِنْهُ ، فَحَصَلَ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ التَّبْعِيضِ وَالتَّكَرَّرِ ، وَلِأَنَّ قِسْمَتَهُمْ بَيْنَ الْمُشْتَرِكِينَ فِيهِمْ ، إِنَّمَا يُعَدَّلُونَ فِيهَا بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْأَجْزَاءِ . فَعَلَى هَذَا ، تَجْعَلُ الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفٌ جُزْءًا ، وَالْاِثْنَيْنِ اللَّذَيْنِ قِيَمَتُهُمَا أَلْفٌ جُزْءًا ، وَالثَّلَاثَةَ الْبَاقِينَ جُزْءًا ، ثُمَّ يُقْرَعُ [٢٠/٦ و] بَيْنَهُمْ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

«المسألة الرابعة : أَمْكَنَ تَعْدِيلُهُمْ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْعَدَدِ ، كَسَبْعَةِ قِيَمَةٍ وَاحِدٍ أَلْفٌ ، وَقِيَمَةِ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وَقِيَمَةِ أَرْبَعَةِ أَلْفٌ ، فَيُعَدَّلُونَ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْعَدَدِ ، كَمَا ذَكَرْنَا ^(١) .

المسألة الخامسة ، أَمْكَنَ تَعْدِيلُهُمْ بِالْعَدَدِ دُونَ الْقِيَمَةِ ، كَسِتَةِ أَعْبُدِ ، قِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ سَبْعُمَائَةٍ ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ خَمْسُمَائَةٍ ، فَهُنَا تُجَزُّهُمْ بِالْعَدَدِ ؛ لَتَعْدُرَ تَجْزِئَتُهُمْ بِالْقِيَمَةِ ، فَتَجْعَلَ كُلَّ اثْنَيْنِ جُزْءًا ، وَتَضُمُّ كُلَّ وَاحِدٍ مِمَّنْ قِيَمَتُهُمَا قَلِيلَةٌ إِلَى وَاحِدٍ مِمَّنْ قِيَمَتُهُمَا كَثِيرَةٌ ، وَتَجْعَلَ الْمُتَوَسِّطَيْنِ جُزْءًا ، وَتُقَرِّعُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى حُرِّ قِيَمَتُهُ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلُثِ أُعِيدَتِ الْقُرْعَةُ بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتَقُ مَنْ تَقَعُ لَهُ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، وَيَعْتَقُ مِنَ الْآخِرِ تِمَّةُ الثُّلُثِ وَيَرْقُ بِاقِيهِ وَالْبَاقُونَ ، وَإِنْ وَقَعَتْ الْحُرِّيَّةُ عَلَى جُزْءٍ أَقَلِّ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَا جَمِيعًا ، ثُمَّ يَكْمُلُ الثُّلُثُ مِنَ الْبَاقِينَ بِالْقُرْعَةِ .

المسألة السادسة ، لَمْ يُمَكِّنْ تَعْدِيلُهُمْ بِالْعَدَدِ وَلَا بِالْقِيَمَةِ ، كَخَمْسَةِ أَعْبُدِ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ أَلْفٌ ، وَاثْنَانِ أَلْفٌ ، وَاثْنَانِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تُجَزَّزَتْهُمْ ثَلَاثَةُ أَجْزَاءٍ ، فَتَجْعَلَ أَكْثَرَهُمْ قِيَمَةً^(١) جُزْءًا ، وَتَضُمُّ إِلَى الثَّانِي^(٢) أَقَلَّ الْبَاقِينَ قِيَمَةً ، وَتَجْعَلُهُمَا جُزْءًا وَالْبَاقِينَ جُزْءًا ، وَتُقَرِّعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقٍّ ؛ لِأَنَّ هَذَا أَقْرَبُ إِلَى مَا فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ وَيُعَدَّلُ الثُّلُثُ بِالْقِيَمَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجَزَّزَتْهُمْ ، بَلْ تُخْرَجُ الْقُرْعَةُ عَلَى وَاحِدٍ وَاحِدٍ ، حَتَّى يَسْتَوْفَى الثُّلُثُ ، فَيَكْتَبَ خَمْسَ رِقَاعٍ بِأَسْمَائِهِمْ ، ثُمَّ يُخْرَجُ رُقْعَةٌ عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِيهَا عَتَقَ ، ثُمَّ يُخْرَجُ الثَّانِيَّةُ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِيهَا عَتَقَ مِنْهُ تَمَامُ الثُّلُثِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « الباقي » .

فَإِنْ كَانُوا ثَمَانِيَةً ، فَإِنْ شَاءَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ [١٩٤ د] بِسَهْمِي حُرِّيَّةٍ ،
وَحَمْسَةِ رِقٍّ ، وَسَهْمٍ لِمَنْ ثُلَاثُهُ حُرٌّ . وَإِنْ شَاءَ جَزَّاهُمْ أَرْبَعَةَ
أَجْزَاءٍ ، وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ ، وَثَلَاثَةِ رِقٍّ ، ثُمَّ أَعَادَ الْقُرْعَةَ
بَيْنَهُمْ لِإِخْرَاجِ مَنْ ثُلَاثُهُ حُرٌّ . وَإِنْ فَعَلَ غَيْرَ ذَلِكَ جَازَ .

الشرح الكبير

٢٩٥٥ - مسألة : (وإن كانوا ثمانية ، فإن شاء أقرع بينهم بسهمي
حُرِّيَّةٍ ، وخمسة رِقٍّ ، وسهمٍ لِمَنْ ثُلَاثُهُ حُرٌّ . وإن شاء جَزَّاهُمْ أَرْبَعَةَ
أَجْزَاءٍ ، فأقْرَعَ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ ، وَثَلَاثَةِ رِقٍّ ، ثُمَّ أَعَادَ الْقُرْعَةَ لِإِخْرَاجِ
مَنْ ثُلَاثُهُ حُرٌّ . وَإِنْ فَعَلَ غَيْرَ ذَلِكَ جَازَ) بَأَنْ يَجْعَلَ ثَلَاثَةَ جُزْءًا ، وَثَلَاثَةَ
جُزْءًا ، وَاثْنَيْنِ جُزْءًا ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ^(١) عَلَى الْاِثْنَيْنِ عَتَقَا ، وَكُمِّلَ
الثُّلُثُ بِالْقُرْعَةِ مِنَ الْبَاقِينَ ، وَإِنْ خَرَجَتِ لثَلَاثَةٍ^(٢) أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِي
حُرِّيَّةٍ ، وَسَهْمِ رِقٍّ ، فَإِنْ كَانَ جَمِيعُ مَالِهِ عَبْدَيْنِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ
حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِ رِقٍّ^(٣) عَلَى كُلِّ حَالٍ .

فصل : قد ذكرنا أنه إذا كان للمُعْتِقِ مَالٌ غَيْرَ الْعَبْدِ مِثْلًا قِيَمَةِ الْعَبْدِ
عَتَقُوا جَمِيعُهُمْ ؛ لَخُرُوجِهِمْ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلٌّ مِنْ مِثْلِيهِمْ ، عَتَقَ
مِنَ الْعَبْدِ قَدْرَ ثُلُثِ الْمَالِ كُلِّهِ ، فَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ نِصْفَ الْمَالِ عَتَقَ ثُلَاثَهُمْ ،
وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً عَتَقَ نِصْفَهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً أَرْبَاعَهُ عَتَقَ أَرْبَعَهُ

الإنصاف

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « الثلاثة » .

(٣) في م : « سهمي » .

أَتَسَاعِهِمْ . وَطَرِيقُهُ أَنْ تَضْرِبَ قِيَمَةَ الْعَبِيدِ فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ تَنْسِبَ إِلَيْهِ مَبْلَغُ التَّرِكََةِ ، فَمَا خَرَجَ بِالنِّسْبَةِ عَتَقَ مِنَ الْعَبِيدِ مِثْلُهَا ، فَإِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ الْعَبِيدِ أَلْفًا ، وَبَاقِي التَّرِكََةِ أَلْفَيْنِ ، ضَرَبْتَ قِيَمَةَ الْعَبِيدِ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، ثُمَّ تَنْسِبُ إِلَيْهَا الْأَلْفَيْنِ ، تَكُنْ ثَلَاثِيهَا ، فَيَعْتَقُ ثُلَاثُهُمْ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْعَبِيدِ ثَلَاثَةَ آلَافٍ ، وَبَاقِي التَّرِكََةِ أَلْفٌ ، ضَرَبْنَا قِيَمَتَهُمْ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ نِسْعَةً ، [٢٠/٦ ظ] وَتَنْسِبُ إِلَيْهَا التَّرِكََةَ كُلَّهَا ، تَكُنْ أَرْبَعَةُ أَتَسَاعِهَا . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُمْ أَرْبَعَةَ آلَافٍ ، وَبَاقِي التَّرِكََةِ أَلْفٌ ، ضَرَبْتَ قِيَمَتَهُمْ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ اثْنَى عَشَرَ ، وَنَسِبْتَ إِلَيْهَا خَمْسَةَ آلَافٍ ، تَكُنْ رُبْعُهَا وَسُدُسُهَا ، فَيَعْتَقُ رُبْعَهُمْ وَسُدُسَهُمْ .

فصل : فَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِبَعْضِ التَّرِكََةِ ، قُدِّمَ الدَّيْنُ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ وَصِيَّةٌ ، وَقَدْ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ^(١) . وَلِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ وَاجِبٌ ، وَهَذَا تَبَرُّعٌ ، وَتَقْدِيمُ الْوَاجِبِ مُتَعَيْنٌ . فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ بِقَدْرِ نِصْفِ الْعَبِيدِ ، جُعِلُوا جُزْأَيْنِ ، وَكُتِبَتْ رُقْعَتَانِ ؛ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَرُقْعَةٌ لِلتَّرِكََةِ . وَتُخْرَجُ وَاحِدَةٌ ^(٢) مِنْهُمَا عَلَى أَحَدِ الْجُزْأَيْنِ ، فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ رُقْعَةُ الدَّيْنِ بِيَعٍ فِيهِ ، وَكَانَ الْبَاقِي جَمِيعَ التَّرِكََةِ ، يَعْتَقُ ثُلُثَهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ بِقَدْرِ ثُلُثِهِمْ ، كُتِبَ ثَلَاثُ رِقَاعٍ ؛ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَاثْنَتَانِ لِلتَّرِكََةِ . وَإِنْ كَانَ بِقَدْرِ رُبْعِهِمْ ، كُتِبَ

(١) تقدم تخريجه في ١٧/١٤٦ .

(٢) في م : « واحد » .

وَأِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، قِيمَةً أَحَدِهِمَا مِائَتَانِ وَالْآخَرَ ثَلَاثُمِائَةٍ ، جَمَعْتَ قِيمَتَهُمَا ، وَهِيَ خَمْسُمِائَةٍ ، فَجَعَلْتَهَا الثُّلُثَ ، ثُمَّ أَقَرَعْتَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الَّذِي قِيمَتُهُ مِائَتَانِ ، ضَرَبْتَهُ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ سِتِّمِائَةٍ ، ثُمَّ نَسَبْتَ مِنْهُ خُمْسَ الْمِائَةِ ، يَكُنِ الْعِتْقُ فِيهِ خَمْسَةَ

المقنع

الشرح الكبير

أَرْبَعُ رِقَاعٍ ؛ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ وَثَلَاثٌ لِلتَّرِكََةِ ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ رِقَاعُ التَّرِكََةِ . وَإِنْ كُتِبَ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَرُقْعَةٌ لِلْحُرِّيَةِ ، وَرُقْعَتَانِ لِلتَّرِكََةِ ، جَاز . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ تَخْرُجُ رُقْعَةُ الْحُرِّيَةِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُمْنَعُ مِنْ قَبْلِ قَضَاءِ الدَّيْنِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَفَاءٌ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ لَهُ وَفَاءٌ لَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ كَانَ الْعِتْقُ فِي أَقَلِّ مِنْ ثُلُثِ الْبَاقِي بَعْدَ وَفَاءِ الدَّيْنِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنَ الْعِتْقِ قَبْلَ (١) وَفَائِهِ .

٢٩٥٦ - مسألة : (وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، قِيمَةً أَحَدِهِمَا مِائَتَانِ وَالْآخَرَ ثَلَاثُمِائَةٍ) فَأَجَازُ الْوَرِثَةَ عِنَقَهُمَا ، عَتَقًا ، وَإِنْ لَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةُ ، عَتَقَ ثُلُثَهُمَا ، وَكَمَّلَ الثُّلُثَ فِي أَحَدِهِمَا ، فَتُجْمَعُ قِيمَتُهُمَا فَتَكُونُ خَمْسُمِائَةٍ ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَةِ ضَرَبْنَا قِيمَتَهُ فِي ثَلَاثَةٍ ، وَنَسَبْنَا قِيمَتَهُمَا إِلَى الْمُرْتَفَعِ بِالضَّرْبِ ، فَمَا خَرَجَ مِنَ النَّسَبَةِ عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ بِقَدْرِهِ . فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الَّذِي قِيمَتُهُ مِائَتَانِ ، ضَرَبْنَا فِي ثَلَاثَةٍ ، صَارَ سِتِّمِائَةٍ ، وَنَسَبْنَا

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل .

المقنع
أُسْدَاسِهِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخِرِ ، عَتَقَ مِنْهُ خَمْسَةَ أَتْسَاعِهِ . وَكُلُّ شَيْءٍ يَأْتِي مِنْ هَذَا ، فَسَبِيلُهُ أَنْ يُضْرَبَ فِي ثَلَاثَةٍ ؛ لِيُخْرَجَ بِلا كَسْرٍ .

وَإِنْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، أَقْرَعَ

الشرح الكبير
قِيمَتَهُمَا إِلَى ذَلِكَ ، تَكُنْ خَمْسَةَ أُسْدَاسِهِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ كَذَلِكَ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخِرِ ، ضَرَبْنَا قِيمَتَهُ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ تِسْعُمَائَةٍ ، وَنَسَبْنَا قِيمَتَهُمَا ، وَهِيَ خَمْسُمَائَةٍ إِلَى ذَلِكَ ، نَجِدُهَا خَمْسَةَ أَتْسَاعِهِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ذَلِكَ ، وَهُوَ ثُلُثُ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّا إِذَا ضَرَبْنَا قِيمَةَ الْعَبْدَيْنِ ، وَهِيَ خَمْسُمَائَةٍ ، فِي ثَلَاثَةٍ ، كَانَتْ أَلْفًا وَخَمْسُمَائَةٍ ، وَهِيَ جَمِيعُ الْمَالِ ، فَالْخَمْسُمَائَةُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا ثُلُثٌ ، وَبِالنِّسْبَةِ إِلَى الَّذِي قِيمَتُهُ مَائَتَانِ ، خَمْسَةُ أُسْدَاسِهِ بَعْدَ الضَّرْبِ ، وَإِلَى الْآخِرِ خَمْسَةَ أَتْسَاعِهِ (وَكُلُّ شَيْءٍ أَتَى مِنْ هَذَا ، فَسَبِيلُهُ أَنْ يُضْرَبَ فِي ثَلَاثَةٍ ؛ لِيُخْرَجَ بِلا كَسْرٍ) وَهَذَا قَوْلُ مَنْ يَرَى (الْجَمِيعَ الْعِتَقِ فِي بَعْضِ الْعَبِيدِ) بِالْقُرْعَةِ . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَنْ وَافَقَهُ ، يَعْتَقَانِ فَيُسْتَسْعَيَانِ فِي بَاقِي قِيمَتَيْهِمَا . وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ مَعَهُمْ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٩٥٧ - مسألة : (وَإِنْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ) غَيْرَ مُعَيَّنٍ (فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَيِّينِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ)

الإنصاف
قوله : (وَإِنْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَيِّينِ ؛ فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمَيِّتِ رَقُّ الْآخَرَانِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى أَحَدٍ

(١ - ١) فِي الْمُبْدَعِ ٣٢٣/٦ : « جَمَعَ الْعِتَقُ فِي بَعْضِ الْعَبْدِ » .

بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَيِّينَ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمَيِّتِ ، رَقَّ الْآخَرَانِ ، وَإِنْ
 وَقَعَتْ عَلَى أَحَدِ الْحَيِّينَ ، عَتَقَ إِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ . وَإِنْ أُعْتِقَ
 الثَّلَاثَةَ فِي مَرَضِهِ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، فَكَذَلِكَ فِي
 قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ [١٩٤ ط] . وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَ الْحَيِّينَ ، وَيَسْقُطَ
 حُكْمُ الْمَيِّتِ .

الشرح الكبير

رُقْعَةُ الْعِتْقِ (عَلَى الْمَيِّتِ رَقَّ الْآخَرَانِ) لِأَنَّ الْقُرْعَةَ يُبَيِّنُ بِهَا مَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ
 الْعِتْقُ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمْ ، كَمَا لَوْ [٢١/٦ و] كَانُوا أَحْيَاءَ ، فَإِذَا وَقَعَتْ
 الْقُرْعَةُ عَلَى الْمَيِّتِ تَبَيَّنَ رَقُّ الْآخَرَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ إِنَّمَا تَقَعُ عَلَى الْمُعْتَقِ ،
 وَهَذَانِ لَمْ يُعْتَقَ وَاحِدُهُمَا . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى أَحَدِ الْحَيِّينَ عَتَقَ ، إِنْ خَرَجَ
 مِنَ الثُّلُثِ . وَقَدْ سَبَقَ شَرْحُ هَذَا ، فِيمَا إِذَا قَالَ : أَحَدُ عَبْدَيَّ حُرٌّ . وَذَكَرْنَا
 الْخِلَافَ فِيهِ ^(١) . وَإِنْ أُعْتِقَ الثَّلَاثَةَ فِي مَرَضِهِ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاةِ
 السَّيِّدِ ، فَكَذَلِكَ ، فِي قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ إِنَّمَا تَنْفُذُ فِي الثُّلُثِ ، فَأَشْبَهَ
 مَا لَوْ أُعْتِقَ وَاحِدًا مِنْهُمْ . قَالَ شَيْخُنَا : (وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَ الْحَيِّينَ ،
 وَيَسْقُطَ حُكْمُ الْمَيِّتِ) لِأَنَّهُ أُعْتِقَ الثَّلَاثَةَ ، وَالِاعْتِبَارُ فِي خُرُوجِهِ مِنَ الثُّلُثِ

الْحَيِّينَ ، عَتَقَ ، إِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي
 « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتَوَى » . وَقِيلَ : يُقْرِعُ بَيْنَ
 الْحَيِّينَ دُونَ الْمَيِّتِ .

قوله : وَإِنْ أُعْتِقَ الثَّلَاثَةَ فِي مَرَضِهِ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، فَكَذَلِكَ فِي

(١) انظر ما تقدم في صفحة ١٠٣ .

بِحَالَةِ الْمَوْتِ ، وَحَالَةُ الْمَوْتِ إِنَّمَا كَانَ لَهُ الْعَبْدَانِ الْحَيَّانِ ، وَهُمَا كُلُّ مَالِهِ ،
فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ، إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِلَّا
عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ بَعْدَ عِتْقِهِ ، عَتَقَ مِنَ الْآخِرِ
بِقَدْرِ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ أَعْتَقَ الْعَبْدَيْنِ فِي مَرَضِهِ وَلَمْ
يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ .

فصل : إِذَا دَفَعَ الْعَبْدُ إِلَى رَجُلٍ مَالًا ، فَقَالَ : اشْتَرِنِي مِنْ سَيِّدِي بِهَذَا
الْمَالِ فَأَعْتِقْنِي . ففَعَلَ ، لَمْ يَخْلُ مِنْ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بَعْضُ الْمَالِ ، أَوْ فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ
يَنْقُذُ^(١) الْمَالِ ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ أَعْتَقَهُ ، صَحَّ الشِّرَاءُ وَنَفَذَ الْعِتْقُ ؛
لأنَّهُ مَلَكَهُ بِالشِّرَاءِ ، فَنَفَذَ عِتْقَهُ لَهُ ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَدَاءُ الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ

قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ . وَحَكَاهُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، يَعْنِي ، يُقْرَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الْحَيَّيْنِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
و « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ هُنَا :
وَالأَوَّلَى ، أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَ الْحَيَّيْنِ ، وَيُسْقَطَ حُكْمُ الْمَيْتِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَحْيِ » ، كَعِتْقِهِ أَحَدَ عَبْدَيْهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ الْعِتْقُ فِي
الثَّانِي . ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَقِيلَ : يُقْرَعُ بَيْنَ الْحَيَّيْنِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ دُونَ الَّتِي
قَبْلَهَا . ذَكَرَهُ فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » . ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسَائِلَ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي آخِرِ
بَابِ تَبَرُّعَاتِ الْمَرِيضِ . وَذَكَرَهَا فِي « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ،
و « الْحَاوِي » ، فِي أَوَّلِ بَابِ تَبَرُّعَاتِ الْمَرِيضِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَنْقُذُ » .

به ؛ لأنه كَرَمَهُ الثَّمَنُ بِالْبَيْعِ ، والذي دَفَعَهُ إِلَى السَّيِّدِ كَانَ مِلْكًا لَهُ ، لَا يَحْتَسِبُ لَهُ بِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، فَبَقِيَ الثَّمَنُ وَاجِبًا عَلَيْهِ ، يَلْزُمُهُ أَدَاؤُهُ ، وَكَانَ الْعِتْقُ مِنْ مَالِهِ ، وَالْوَلَاءُ لَهُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَاهُ بَعَيْنِ الْمَالِ ، فَالشَّرَاءُ بَاطِلٌ ، وَلَا يَصِحُّ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى بَعَيْنَ مَالٍ غَيْرِهِ شَيْئًا بَغِيرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَصَحَّ الشَّرَاءُ ، وَلَمْ يَنْفُذِ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ مَمْلُوكَ غَيْرِهِ بَغِيرِ إِذْنِهِ ، وَيَكُونُ السَّيِّدُ قَدْ أَخَذَ مَالَهُ ؛ لِأَنَّ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ مَحْكُومٌ بِهِ لِسَيِّدِهِ . فَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : إِنَّ التُّقُودَ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ النَّخَعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، فَإِنَّهُمَا قَالَا : الشَّرَاءُ وَالْعِتْقُ جَائِزَانِ ، وَيُرَدُّ الْمُشْتَرَى مِثْلَ الثَّمَنِ . مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ : الْبَيْعُ وَالْعِتْقُ بَاطِلَانِ ^(١) . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، وَيُعَاقَبُ مَنْ فَعَلَهُ . مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ أَيْضًا . وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يَقْتَضِي التَّفْرِيقَ ، وَفِيهِ تَوْسُطٌ بَيْنَ الْمَذْهَبَيْنِ ، فَكَانَ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فائدة : وَكَذَا الْحُكْمُ إِنْ أَوْصَى بِعِتْقِهِمْ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ بَعْدَهُ . وَقِيلَ : إِنْ أَعْتَقَهُمْ أَوْ دَبَّرَهُمْ أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِهِمْ ، أَوْ دَبَّرَ بَعْضَهُمْ وَأَوْصَى بِعِتْقِ الْبَاقِينَ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ ، أَفَرَعْنَا بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِلْمَيِّتِ حَسْبْنَاهُ مِنَ التَّرَكَّةِ ، وَقَوَّمْنَاهُ حِينَ الْعِتْقِ . وَإِنْ خَرَجَتْ لِحَيٍّ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمَوْتُ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، أَوْ بَعْدَهَا قَبْلَ قَبْضِ الْوَرْتَةِ ، لَمْ يُحْسَبْ مِنَ التَّرَكَّةِ غَيْرُ الْحَيِّينِ ، فَيَكْمُلُ ثُلُثُهُمَا مِمَّنْ قَرَعَ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « بَاطِل » .

فصل : ولو كان العبد بين شريكين ، فأعطى العبد لأحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه ، فأعتقه ، عتق ، وسرى إلى باقيه إن كان مؤسراً ، ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين ، وبنصف قيمة العبد ؛ لأن ما في يد العبد يكون بين سيديه ، لا ينفرد به أحدهما عن الآخر ، إلا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق ، وإن كان العوض مستحقاً ، إذا لم يقع العتق على عينها ، وإنما سمى خمسين ثم [٢١/٦ ظ] دفعها إليه . وإن أوقع العتق على عينها ، يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ، ويسرى العتق إلى نصيب شريكه ، ويكون ولاؤه للمعتق .

فصل : ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه ، فقال الوكيل : نصيبى حر . عتق ، وسرى إلى نصيب شريكه ، والولاء له . وإن أعتق نصيب المؤكل ، عتق ، وسرى إلى نصيبه ، إن كان مؤسراً ، والولاء للمؤكل . فإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً ، احتمل أن ينصرف إلى نصيبه ؛ لأنه لا يحتاج إلى نية ، ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ، ولم ينو . ويحتمل أن ينصرف إلى نصيب شريكه ؛ لأنه أمره بالإعتاق ، فانصرف إلى ما أمر به . ويحتمل أن ينصرف إليهما ؛ لأنهما تساويا . وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه . ويحتمل أن لا يضمن ؛ لأن الوكيل إذا أعتق نصيبه فسرى إلى نصيب شريكه ، لم يضمنه ؛ لأنه

ويقوم يوم العتق . وقيل : يحسب الميث من التركة ، ويعتق من قرع إن خرج من الثلث ، ولأعتق منه بقدره . وإن كان الموت بعد قبض الورثة ، حسب من

الشرح الكبير

مَأْذُونٌ لَهُ فِي الْعِتْقِ ، وَقَدْ أُعْتِقَ بِالسَّرَايَةِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَنْ أُذِنَ لَهُ فِي
إِتْلَافِ شَيْءٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ وَإِنْ أَتْلَفَهُ بِالسَّرَايَةِ . وَإِذَا أُعْتِقَ نَصِيبَ شَرِيكَهِ
لَمْ يَلْزَمْ شَرِيكَهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ لِسَبَبِ الْإِتْلَافِ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ ضَمَانُ
مَا تَلَفَ بِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ : أُعْتِقَ عَبْدَكَ . فَأَعْتَقَهُ . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

الإنصاف

الْثَّرَكَةُ . وَبُدُونِ الْمَوْتِ ، يَعْتِقُ ثُلُثَهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، إِنْ لَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ مَا زَادَ عَلَيْهِ . ذَكَرَ
ذَلِكَ فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

بَابُ التَّذْيِيرِ

وَهُوَ تَعْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالْمَوْتِ .

الشرح الكبير

بَابُ التَّذْيِيرِ

(وهو تَعْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالْمَوْتِ) وَسُمِّيَ تَذْيِيرًا ؛ لِأَنَّ الْوَفَاةَ ذُبُرُ الْحَيَاةِ . يُقَالُ : دَابَرَ الرَّجُلُ يُدَابِرُ مُدَابَرَةً . إِذَا مَاتَ ، فَسُمِّيَ الْعِتْقُ بَعْدَ الْمَوْتِ تَذْيِيرًا . وَالْأَصْلُ فِيهِ السُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ . أَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ مَمْلُوكًا لَهُ عَنْ ذُبُرٍ ، فَاحْتَاجَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي ؟ » . فَبَاعَهُ مِنْ نَعِيمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بِثَمَانِينَ مِائَةً دِرْهَمٍ ، فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ ، وَقَالَ : « أَنْتَ أَحْوَجُ مِنْهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ مَنْ ذَبَرَ عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى مَاتَ - وَالْمُدَبِّرُ يُخْرَجُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ ، بَعْدَ قَضَاءِ دَيْنِهِ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْفَاذِ وَصَايَاهُ إِنْ كَانَ وَصَّى ، وَكَانَ السَّيِّدُ بِالْعَا جَائِزَ الْأَمْرِ - أَنَّ الْحَرِيَّةَ تَجِبُ لَهُ أَوْ لَهَا .

الإنصاف

بَابُ التَّذْيِيرِ

قوله : وهو تَعْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالْمَوْتِ . هَكَذَا قَالِ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْمُدْهَبِ » وَغَيْرِهِ : أَوْ بِشَرْطٍ يُوجَدُ بَعْدَ الْمَوْتِ .

(١) تقدم تخريجه في ٣٧٩/١٨ .

٢٩٥٨ - مسألة : (وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلَثِ) إِنَّمَا يَعْتِقُ الْمُدَبِّرُ إِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلَثِ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . يُرَوَّى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَمَرَ^(١) . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمُكْحُولٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ^(٢) ابْنِ مَسْعُودٍ^(٣) ، وَمَسْرُوقٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، أَنَّهُ يَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، قِيَاسًا عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ ، وَكَأَلَوْ أَعْتَقَ فِي الصَّحَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَبَرُّعٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَكَانَ مِنَ الثُّلَثِ ، كَالْوَصِيَّةِ . وَيُفَارِقُ الْعِتْقُ فِي الصَّحَّةِ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ غَيْرُ الْمُعْتَقِ ، فَتَفَذَّ فِي الْجَمِيعِ ، كَالْهَبَةِ الْمُنْجَزَةِ . وَالْأَسْتِيلَادُ [٢٢/٦] أَقْوَى مِنَ التَّدْبِيرِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَذُ مِنَ الْمُجْنُونِ ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَلَا عَمَلَ عَلَيْهَا . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ إِلَى مَا رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ .

قوله : وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلَثِ . هَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، يَعْتِقُ مِنْ كُلِّ الْمَالِ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : وَلَا عَمَلَ عَلَيْهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ . قَالَ فِي « الْفَوَائِدِ » : وَهُوَ مَخْرُجٌ عَلَى أَنَّهُ عِتْقٌ لَازِمٌ كَالْأَسْتِيلَادِ . وَعَنْهُ ، يَعْتِقُ مِنْ كُلِّ الْمَالِ إِذَا دَبَّرَهُ فِي الصَّحَّةِ دُونَ الْمَرَضِ .

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب المدبر من الثلث ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٤/١٠ .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب المدبر ، من كتاب الفرائض . السنن ١٣٢/١ .

وَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مَنْ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ .

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ اجْتَمَعَ الْعِتْقُ فِي الْمَرَضِ ، وَالتَّذْيِيرُ ، قُدِّمَ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ أَسْبَقُ . وَإِنْ اجْتَمَعَ التَّذْيِيرُ وَالْوَصِيَّةُ بِالْعِتْقِ ، تَسَاوَا ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا عِتْقٌ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ التَّذْيِيرُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَقَعُ فِيهِ عَقِيبَ الْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ تَأَخُّرٍ ، وَالْوَصِيَّةُ تَقِفُ عَلَى الْإِعْتَاقِ بَعْدَهُ .

٢٩٥٩ - مسألة : (وَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مَنْ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْمَالِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، أَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يَصِحُّ تَذْيِيرُهُ إِذَا جَاوَزَ الْعَشْرَ وَكَانَ يَعْرِفُ التَّذْيِيرَ . وَكَذَلِكَ الْجَارِيَةُ إِذَا جَاوَزَتِ التَّسْعَ . وَقَالَ

فائدة : يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالْمَوْتِ مُطْلَقًا ؛ نَحْوُ : إِنْ مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ . وَمُقَيَّدًا ؛ نَحْوُ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَوْ عَامِي ، أَوْ بِهَذَا الْبَلَدِ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَإِنْ قَالَا لَعَبْدِهِمَا : إِنْ مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ . فَهُوَ تَعْلِيْقٌ لِلْحُرِّيَّةِ بِمَوْتِهِمَا جَمِيعًا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَجَمَاعَةٌ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . وَلَا يَعْتَقُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا شَيْءٌ مِنْهُ ، وَلَا يَبِيعُ وَارِثُهُ حَقَّهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ؛ إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَتَصِيْبُهُ حُرٌّ . قُلْتُ : وَهَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَإِنْ أَرَادَ أَنَّهُ حُرٌّ بَعْدَ آخِرِهِمَا مَوْتًا ، فَإِنْ جَازَ تَعْلِيْقُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى صِفَةِ بَعْدِ الْمَوْتِ ، عِتْقٌ بَعْدَ مَوْتِ الْآخِرِ مِنْهُمَا عَلَيْهِمَا ، وَإِلَّا عِتْقٌ نَصِيبُ الْآخِرِ مِنْهُمَا بِالتَّذْيِيرِ . وَفِي سِرَائِيَّتِهِ ، إِنْ احْتَمَلَهُ ثُلُثُهُ ، الرَّوَّائِتانِ .

قوله : وَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مَنْ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يَصِحُّ تَذْيِيرُ الْعِلَامِ إِذَا جَاوَزَ الْعَشْرَ ، وَالْجَارِيَةَ إِذَا جَاوَزَتِ التَّسْعَ .

الشافعي في أحد قَوْلَيْهِ : يَصِحُّ تَدْيِيرُ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ . قال بعض أصحابه : هو أَصَحُّ قَوْلَيْهِ . وهو إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُثْبَةَ . وقال الحسنُ ، وأبو حنيفة : لَا يَصِحُّ تَدْيِيرُهُ . وهو إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ ، والقولُ الثاني للشافعي ؛ لَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ تَدْيِيرُهُ ، كَالْمَجْنُونِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَجَارَ وَصِيَّةَ غُلَامٍ مِنَ الْأَنْصَارِ لِأَخْوَالِهِ مِنْ غَسَّانَ بَارِضٍ يُقَالُ لَهَا : بِثُرُ جُشَمٍ^(١) ، قُوتٌ بِثَلَاثِينَ أَلْفًا . رواه سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ^(٢) . وَكَانَ الْغُلَامُ ابْنُ عَشْرِ سِنِينَ ، وَرَوَى اثْنَتَيْ عَشْرَةَ . وَلَمْ يُعَرَفْ لَهُ مُخَالِفٌ . وَالتَّدْيِيرُ فِي مَعْنَى الْوَصِيَّةِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا . وَيُخَالِفُ التَّدْيِيرُ الْعِتْقَ فِي الْحَيَاةِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتًا لِمَالِهِ فِي حَيَاتِهِ وَوَقْتُ حَاجَتِهِ . وَالْوَصِيَّةُ وَالتَّدْيِيرُ ، لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِيهِمَا ، فَإِنَّهُ إِنْ عَاشَ لَمْ يَذْهَبْ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ مَاتَ فَهُوَ غَيْرُ مُسْتَعْنٍ عَنِ الثَّوَابِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ زِيَادَةً فِي رَفْعِ دَرَجَتِهِ . وَإِنَّمَا خَصَّ الْخِرْقِيُّ ابْنَ عَشْرِ سِنِينَ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْمَرُ بِالصَّلَاةِ ، وَالْجَارِيَّةُ بِتِسْعٍ ؛ لِقَوْلِ عَائِشَةَ : إِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَّةُ تِسْعَ سِنِينَ فَهِيَ امْرَأَةٌ^(٣) . وَلِأَنَّهُ سَنٌ يُمْكِنُ بُلُوغُهَا فِيهِ ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ غَيْرُ ذَلِكَ . فَأَمَّا الْمَجْنُونُ فَلَا يَصِحُّ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ^(٤) تَدْيِيرُهُ . وَيَصِحُّ

(١) بثر جشم : موضع معروف بجوائط المدينة .

(٢) تقدم تخريجه في ١٧/١٩٨ .

(٣) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى

٢٩/٥ .

(٤) سقط من : الأصل .

وَصَرِيحُهُ لَفْظُ الْعِتْقِ وَالْحُرِّيَةِ الْمُعْلَقَيْنِ بِالْمَوْتِ ، وَلَفْظُ التَّذْيِيرِ ،
وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهَا ^(١) .

الشرح الكبير

تذْيِيرُ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِلْسَّفَهَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الصَّبِيِّ ، بَلْ هُوَ أَوْلَى بِالصَّحَّةِ
مِنَ الصَّبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ ، وَحَاجَتُهُ إِلَى الثَّوَابِ أَكْثَرُ مِنْ حَاجَةِ الصَّبِيِّ .
وَصَحَّةُ تَذْيِيرِ السَّكَرَانِ مَبْنِيَّةٌ ^(٢) عَلَى صِحَّةِ وَصِيَّتِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَكُلُّ
مَنْ صَحَّ تَذْيِيرُهُ ، فَهُوَ كَالْمُكَلَّفِ فِي صِحَّةِ رُجُوعِهِ قِيَاسًا عَلَيْهِ .

فصل : وَيَصِحُّ تَذْيِيرُ الْكَافِرِ ؛ ذِمِّيًّا كَانَ أَوْ حَرِّيًّا ، فِي دَارِ الْإِسْلَامِ
وغيرها ؛ لِأَنَّهُ لَهُ مِلْكٌ صَحِيحٌ ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، كَالْمُسْلِمِ . فَإِنْ قِيلَ :
لَوْ كَانَ مِلْكُهُ صَحِيحًا لَمْ يُمْلِكْ عَلَيْهِ بغيرِ اخْتِيَارِهِ . قلنا : هَذَا لَا يُنَافِي
الْمِلْكَ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ فِي النِّكَاحِ ، وَتُمْلِكُ عَلَيْهِ زَوْجَتُهُ بغيرِ اخْتِيَارِهِ .
وَحُكْمُ تَذْيِيرِهِ حُكْمُ تَذْيِيرِ الْمُسْلِمِ ، عَلَى مَا نَذَكَّرُهُ .

٢٩٦٠ - مسألة : (وَصَرِيحُهُ لَفْظُ الْعِتْقِ وَالْحُرِّيَةِ الْمُعْلَقَيْنِ
بِالْمَوْتِ) كَقَوْلِهِ : [٢٢/٦ ط] أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ عَتِيقٌ ، أَوْ مُعْتَقٌ ، أَوْ مُحَرَّرٌ

الإنصاف

تَنْبِيهِ : قَوْلُهُ : وَصَرِيحُهُ لَفْظُ الْعِتْقِ وَالْحُرِّيَةِ الْمُعْلَقَيْنِ بِالْمَوْتِ ، وَلَفْظُ التَّذْيِيرِ ،
وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهَا . مُرَادُهُ ، غَيْرُ لَفْظِ الْأَمْرِ وَالْمُضَارِعِ ، كَمَا تَقَدَّمَ التَّنْبِيهِ عَلَيْهِ فِي
أَوَّلِ كِتَابِ الْعِتْقِ ، فَلْيُرَاجَعْ .
فائدة : كِنَايَاتُ الْعِتْقِ الْمُنْجَزِ ، تَكُونُ لِلتَّذْيِيرِ إِذَا أُضِيفَ إِلَيْهِ ذِكْرُ الْمَوْتِ .
قَالَ الْأَصْحَابُ .

(١) فِي الْمَخْطُوطَةِ : « مِنْهَا » ، وَفِي الْمَطْبُوعَةِ : « مِنْهُ » ، وَالتَّبَيُّنُ كَأَنَّهُ فِي مَتْنِ الْمُبْدَعِ ٣٢٦/٦ ، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِنَسْخِ
الْإِنْصَافِ الثَّلَاثِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مَبْنِي » .

المقنع وَيَصِحُّ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ، بِأَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَوْ :
عَامِي هَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ : مُدَبَّرٌ .

الشرح الكبير بعد موتي . فَيَصِيرُ بِذَلِكَ مُدَبَّرًا ، بِلَا خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ :
أَنْتَ مُدَبَّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ . فَإِنَّهُ يَصِيرُ مُدَبَّرًا بِمُجَرَّدِ اللَّفْظِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ .
هَذَا مِنْ صَوْصُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُهُ : فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ ؛ أَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ ،
وَيَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهَا لَفْظَانِ لَمْ يَكْثُرِ اسْتِعْمَالُهُمَا ، فَافْتَقَرَا إِلَى النِّيَّةِ ،
كَالْكِنَايَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لَفْظَانِ وَضِعَا لِهَذَا الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرَا إِلَى النِّيَّةِ ،
كَالْبَيْعِ ، بِخِلَافِ الْكِنَايَاتِ ، فَإِنَّهَا غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لَهُ ، وَيُشَارِكُهَا فِيهِ
غَيْرُهَا ، فَافْتَقَرَتْ إِلَى النِّيَّةِ لِلتَّعْيِينِ وَتَرْجِيحِ أَحَدِ الْمُحْتَمَلَيْنِ ، بِخِلَافِ
الْمَوْضُوعِ ، فَإِنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ، كَلَفْظِ الْعِنَقِ .

٢٩٦١ - مسألة : (وَيَصِحُّ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا) فَالْمُطْلَقُ تَعْلِيْقُ الْعِنَقِ
بِالْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ آخَرَ . وَالْمُقَيَّدُ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، خَاصٌّ مِثْلَ (أَنْ
يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا) أَوْ فِي بَلَدِي هَذَا (أَوْ) فِي (عَامِي هَذَا ،
فَأَنْتَ حُرٌّ) فَهَذَا جَائِزٌ عَلَى مَا قَالَ ، إِنْ مَاتَ عَلَى الصُّفَةِ الَّتِي شَرَطَهَا عَتَقَ
الْعَبْدُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَقَالَ مُهَنَّأٌ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَمَّنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ مُدَبَّرٌ .
قَالَ : يَكُونُ مُدَبَّرًا ذَلِكَ الْيَوْمَ ، فَإِنْ مَاتَ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ صَارَ حُرًّا . يَعْنِي

الإِنْصَافُ فَائِدَةٌ : قَوْلُهُ : وَيَصِحُّ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ، بِأَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ فِي مَرَضِي هَذَا ،
أَوْ عَامِي هَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ : مُدَبَّرٌ . وَكَذَا لَوْ قَالَ لَهُ : إِذَا قَدِمَ زَيْدٌ ، أَوْ جَاءَ رَأْسُ
الشَّهْرِ ، فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ . بِلَا نِزَاعٍ . وَيَصِحُّ أَيْضًا مَوْقِفًا ، نَحْوُ : أَنْتَ مُدَبَّرٌ الْيَوْمَ .
نَصٌّ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

إذا مات السيد . الثاني ، أن يُعَلَّقَ التدبير على صِفَةٍ ، مثل أن يقول : إن دَخَلْتَ الدارَ فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ ، أو إن قَدِمَ زَيْدٌ ، أو إن شَفَى اللهُ مَرِيضِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . فهذا لا يَصِيرُ مُدَبِّرًا في الحال ؛ لَأَنَّهُ عُلِّقَ التدبير على شَرْطٍ . فإذا وَجِدَ صار مُدَبِّرًا وَعَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ . وإن لم يُوجَدَ في حياة السَّيِّدِ وَوُجِدَ بَعْدَ مَوْتِهِ لم يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الشرطِ يَقْتَضِي وجودَهُ في الحياة ، بدليل ما لو عُلِّقَ عليه عِتْقًا مُنْجِزًا ، فقال : إذا دَخَلْتَ الدارَ فَأَنْتَ حُرٌّ . فَدَخَلَهَا بَعْدَ مَوْتِهِ ، لم يَعْتَقْ . ولأَنَّ المُدَبِّرَ مَنْ عُلِّقَ عِتْقُهُ بِالمَوْتِ ، وهذا قَبْلَ المَوْتِ لم يَكُنْ مُدَبِّرًا . وبعْدَ المَوْتِ لا يُمْكِنُ حُدُوثُ التدبيرِ فيه .

فصل : فإن قال لعبده : إذا قرأت القرآن فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . فقرأ القرآنَ جَمِيعَهُ ، صار مُدَبِّرًا . وإن قرأ بَعْضَهُ لم يَصِرْ مُدَبِّرًا . وإن قال : إذا قرأتَ قُرْآنًا فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . فقرأ بَعْضَ القرآنِ ، صار مُدَبِّرًا ؛ لِأَنَّهُ في الأُولَى عَرَفَهُ بالألفِ واللامِ الْمُقْتَضِيَةَ للاستِعْراقِ ، فعاد إلى جَمِيعِهِ ، وههنا نَكَّرَهُ ، فاقْتَضَى بَعْضَهُ . فإن قيل : فقد قال اللهُ تعالى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ ^(١) . وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ حِجَابًا مَّسْتُورًا ^(٢) . ولم يُردِ القرآنَ جَمِيعَهُ . قلنا : قَضِيَّةُ اللفظِ تَتَنَاوَلُ جَمِيعَهُ ؛ لِأَنَّ الألفَ واللامَ للاستِعْراقِ ، وَإِنَّمَا حُمِلَ على بَعْضِهِ بِدَلِيلٍ ، فلا يُحْمَلُ

الإنصاف

(١) سورة النحل ٩٨ .

(٢) سورة الإسراء ٤٥ .

المقنع وَإِنْ قَالَ : مَتَى شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ . فَمَتَى شَاءَ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ صَارَ مُدَبِّرًا .

الشرح الكبير على البعض في غير ذلك الموضع بغير دليل . ولأنَّ قَرِينَةَ الْحَالِ تَقْتَضِي قِرَاءَةَ جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ أَرَادَ تَرْغِيْبَهُ فِي قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ [٢٣/٦ و] ، فَتَعَلَّقَ الْحُرِّيَّةُ بِهِ ، أَوْ مُجَازَاتِهِ عَلَى قِرَاءَتِهِ بِالْحُرِّيَّةِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُجَازَى بِهَذَا الْأَمْرِ الْكَثِيرِ وَلَا يُرَغَّبُ بِهِ إِلَّا فِيمَا يَشُقُّ ، أَمَّا قِرَاءَةُ آيَةٍ أَوْ آيَتَيْنِ فَلَا .

٢٩٦٢ - مسألة : (وَإِنْ قَالَ : مَتَى شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ) أَوْ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . أَوْ : إِذَا شِئْتَ . أَوْ : أَيُّ وَقْتٍ شِئْتَ ، فَهُوَ تَذْبِيرٌ بِصِفَةِ (فَمَتَى شَاءَ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ صَارَ مُدَبِّرًا) يَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَشِئَةَ هُنَا عَلَى التَّرَاخِي ، فَمَتَى وَجَدْتَ الْمَشِئَةَ وَجَدَ الشَّرْطَ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . فَدَخَلَهَا فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ مَشِئَتِهِ بَطَلَتِ الصِّفَةُ ، كَمَا لَوْ مَاتَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُخْرَى قَبْلَ دُخُولِ الدَّارِ . وَإِنْ قَالَ : مَتَى شِئْتَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ أَيُّ وَقْتٍ شِئْتَ بَعْدَ مَوْتِي . فَهُوَ تَعْلِيْقٌ لِلْعِتْقِ عَلَى صِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ . فَعَلَى قَوْلِهِ ، يَكُونُ ذَلِكَ عَلَى التَّرَاخِي ، فَمَتَى شَاءَ "بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ" عَتَقَ . وَمَا كَسَبَ قَبْلَ مَشِئَتِهِ فَهُوَ لَوْرَثَةِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ

الإنصاف قوله : وَإِنْ قَالَ : مَتَى شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ . فَمَتَى شَاءَ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ صَارَ مُدَبِّرًا . بَلَا نِزَاعٍ . أَعْنَى إِذَا قُلْنَا : يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْعِتْقِ عَلَى صِفَةٍ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْعِتْقِ .

وَأِنْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ . فَمِقْيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ كَذَلِكَ . ^{المنع}
وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ شَاءَ فِي الْمَجْلِسِ صَارَ مُدَبِّرًا ، وَإِلَّا فَلَا .

الشرح الكبير

قَبْلَ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ الْمُوصَى بِهِ ، فَإِنَّ فِي كَسْبِهِ قَبْلَ الْقَبُولِ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا مِلْكَهُ حِينَ الْمَوْتِ ، وَهَهُنَا لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ قَبْلَ الْمَشِيعَةِ وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ عِنْتُ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ ، فَلَا يَثْبُتُ الْعِنْتُ قَبْلَ الشَّرْطِ وَجْهًا وَاحِدًا .

٢٩٦٣ - مسألة : (وَإِنْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ . فَمِقْيَاسُ الْمَذْهَبِ) أَنَّهُ عَلَى التَّرَاخُي كَقَوْلِهِ : مَتَى شِئْتَ . (وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ شَاءَ فِي الْمَجْلِسِ صَارَ مُدَبِّرًا ، وَإِلَّا فَلَا) وَكَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي قَوْلِهِ : إِذَا شِئْتَ ، وَإِنْ شِئْتَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . عَلَى أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ ، إِنْ شَاءَ فِي الْمَجْلِسِ صَارَ مُدَبِّرًا ، وَإِلَّا بَطَلَتِ الصِّفَةُ وَلَمْ يَصِرْ مُدَبِّرًا بِالْمَشِيعَةِ بَعْدَهُ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ : اخْتَارِي نَفْسَكَ . فَإِنَّهُ يَقِفُ عَلَى الْمَجْلِسِ ، وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ إِذَا شِئْتَ بَعْدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ . كَانَ

الإيناف

قَوْلُهُ : وَإِنْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ . فَمِقْيَاسُ [١٤٤/٣] الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ كَذَلِكَ . يَعْنِي كَمَتَى شِئْتَ ، وَأَنَّهُ لَا يَتَّقِيْدُ بِالْمَجْلِسِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ شَاءَ فِي الْمَجْلِسِ ، صَارَ مُدَبِّرًا ، وَإِلَّا فَلَا . وَقَالَ الْقَاضِي أَيْضًا ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْبُلْعَةِ » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « إِدْرَاكِ الْغَايَةِ » . وَاخْتَارَهُ

الشرح الكبير
على الفور أيضًا . فمتى شاء عَقِيبَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، أو في المجلس ، صار حُرًّا . وإن تَرَاخَتْ مَشِئَتُهُ عن المجلس ، لم يَثْبُتْ فيه حُرِّيَّةٌ . وذكر في الطَّلَاقِ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ وَشَاءَ أَبُوكَ . فشَاءَ مَعًا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ ، سواءً شَاءَ^(١) على الفور أو التَّرَاخِي ، أو شَاءَ أَحَدُهُمَا على الفور والآخر على التَّرَاخِي . وهذا مِثْلُهُ ، فُيُخْرَجُ في كُلِّ مَسْأَلَةٍ مِثْلُ مَا ذَكَرَهُ في الأُخْرَى .

فصل : وإذا قال لعبده : إذا مت فانت حرٌّ . أو لا ؟ أو قال : أنت حرٌّ أو لست بحرٌّ ؟ لم يَصِرْ مُدَبَّرًا ؛ لَأَنَّهُ اسْتَفْهَمَ ، ولم يَقْطَعْ بِالْعِتْقِ . فهو كما لو قال لزوجته : أنت طالقٌ أو لا ؟ وسنذكر ذلك في الطَّلَاقِ .

الإِنصاف
ابنُ عَبْدِوَسٍ في « تَذَكُّرَتِهِ » . وقَدَّمَهُ في « المُحَرَّرِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الفَائِقِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنَايَةِ » .

فائدة : لو قال : إذا شِئْتَ فانت مُدَبَّرٌ . فهو كَقَوْلِهِ : متى شِئْتَ فانت مُدَبَّرٌ . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ، فلا يَتَقَيَّدُ بِالمَجْلِسِ . وجَزَمَ بِهِ في « المُحَرَّرِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الفَائِقِ » ، و « الشَّرْحِ » . وقال القَاضِي : يَخْتَصُّ بِالمَجْلِسِ . وجَزَمَ بِهِ ابنُ عَبْدِوَسٍ في « تَذَكُّرَتِهِ » .

فائدة أُخْرَى : لو قال : متى شِئْتَ بعدَ مَوْتِي فانت حرٌّ . أو : أَيَّ وَقْتٍ شِئْتَ بعدَ مَوْتِي فانت حرٌّ . فهو تَعْلِيْقٌ لِلْعِتْقِ على صِفَةِ بعدِ المَوْتِ . والصَّحِيحُ مِنْ

(١) في م : « شاء » .

وإذا قال : قد رجعتُ في تدبيرِ . أو : قد أبطلته . لم يَطل ؛
لأنه تعلّق للعنق بصفة . وعنه ، يَطل ، كالوصية .

الشرح الكبير

٢٩٦٤ - مسألة : (وإذا قال : قد رجعتُ في تدبيرِ . أو : أبطلته .
لم يَطل ؛ لأنه تعلّق للعنق بصفة . وعنه ، أنه يَطل ، كالوصية) اختلفت
الرواية عن أحمد ، في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً . فالصحيح أنه لا
يَطل ؛ لأنه علّق العنق بصفة [٢٣/٦ ط] فلا يَطل ، كما لو قال : إن دخلت
الدار فانت حرٌ . والثانية ، يَطل ؛ لأنه جعل له نفسه بعد موته ، فكان
ذلك وصيةً ، فجاز الرجوع فيه بالقول ، كما لو وصّى له بعد آخر . وهو
قول الشافعي القديم . وقوله الجديد كالرواية الأولى . وهو الصحيح ،
كتعليقه بصفة في الحياة . ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه ؛ لأنه لا
يملك نفسه ، وإنما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ، ولهذا لا تقف
الحرية على قبوله واختياره ، وتنجز عقيب الموت ، كتنجيزها عقيب سائر
الشروط . ولأنه غير مُمتنع أن يجمع الأمرين ، فيثبت فيه حكم التعليق
في امتناع الرجوع ، ويجمعان في حصول العنق بالموت .

المذهب ، أنه لا يصح . وقد تقدّم ذلك في كتاب العنق . وقال القاضي : يصح .
فعلى قوله ، يكون ذلك على التراخي بعد موته ، وما كسب فهو لورثة سيده .
قوله : وإن قال : قد رجعتُ في تدبيرِ . أو : أبطلته . لم يَطل ؛ لأنه تعلّق
للعنق بصفة . هذا المذهب بلا ريب . قال الزركشي : هذا المذهب عند
الأصحاب . واختاره القاضي ، وقال في كتاب « الروايتين » : هذه الرواية أجود

فصل : إذا قال السيد لمُدْبِرِهِ : إذا أدَّيْتِ إلى ورثتي كذا فأنْتِ حُرٌّ . فهو رُجوعٌ عن التَّدْبِيرِ ، وَيَنْبِئُ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ إِنْ قُلْنَا : إِنَّ لَهُ الرُّجُوعَ بالقول . بَطَلَ التَّدْبِيرُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ . لَمْ يُؤْثَرْ هَذَا الْقَوْلُ شَيْئًا . وَإِنْ دَبَّرَهُ كُلَّهُ ثُمَّ رَجَعَ فِي نِصْفِهِ ، صَحَّ إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ الرُّجُوعِ فِي جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّ أَنْ يُدَبِّرَ نِصْفَهُ ابْتِدَاءً ، صَحَّ أَنْ يَرْجَعَ فِي تَدْبِيرِ نِصْفِهِ . وَإِنْ غَيَّرَ التَّدْبِيرَ ، فَكَانَ مُطْلَقًا ، فَجَعَلَهُ مُقَيَّدًا (صار مُقَيَّدًا) ، إِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ الرُّجُوعُ . وَإِلَّا فَلَا . فَإِنْ كَانَ مُقَيَّدًا فَأُطْلِقَهُ ، صَحَّ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ فَلَا يُمْنَعُ مِنْهَا . وَإِذَا دَبَّرَ الْآخَرَ ، وَكَانَتْ إِشَارَتُهُ أَوْ كِتَابَتُهُ مَعْلُومَةً ، صَحَّ تَدْبِيرُهُ . وَيَصِحُّ رُجُوعُهُ ، إِنْ قُلْنَا بِصِحَّةِ الرُّجُوعِ فِي التَّدْبِيرِ ؛ لِأَنَّ إِشَارَتَهُ وَكِتَابَتَهُ تَقُومُ مَقَامَ نُطْقِ النَّاطِقِ فِي أَحْكَامِهِ ، وَإِنْ دَبَّرَ وَهُوَ نَاطِقٌ ، ثُمَّ خَرَسَ ، صَحَّ رُجُوعُهُ بِإِشَارَتِهِ الْمَعْلُومَةِ أَوْ كِتَابَتِهِ . وَإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، فَلَا عِبْرَةَ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ رُجُوعُهُ .

الرَّوَايَتَيْنِ . وَصَحَّحَهَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكِرَةِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » : لَمْ يُبْطَلْ عَلَى الْأَصَحِّ . وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . وَعَنْهُ ، يُبْطَلُ ، كَالْوَصِيَّةِ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَعَنْهُ ، لَا يُبْطَلُ إِلَّا لِقَضَاءِ دِينِهِ . وَفِي « التَّبَصُّرَةِ » رِوَايَةٌ ، لَا يُبْطَلُ فِي الْأَمَةِ فَقَطْ .

الشرح الكبير

فصل : وإذا رهن المدبر لم يئطل تدبيره ؛ لأنه تعليق للعنق بصفة . فإن مات السيد وهو رهن عتق ، وأخذ من تركته قيمته ، فتكون رهنا مكانه ؛ لأن عتقه بسبب من جهة سيده ، فأشبهه ما لو باشره بالعنق ناجزا .

فعلى الرواية الثانية ، لا يصح رجوعه في حمل لم يوجد ، وإن رجع في حامل ، ففي حملها وجهان . وأطلقهما في « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « القواعد الفقهية » ، و « الزركشي » . قلت : الصواب أنه لا يكون رجوعا فيه .

تنبيهان ؛ أحدهما ، قال في « الترغيب » وغيره : محل الروايتين ، إذا لم يأت بصريح التعليق ، أو بصريح الوصية . واقتصر عليه في « الفروع » . الثاني ، قوله : لأنه تعليق للعنق على صفة . تقدم في كتاب العنق أنه يصح تعليق العنق على صفة في كلام المصنف .

فائدة : اعلم أن التدبير ؛ هل هو تعليق للعنق على صفة ، أو هو وصية ؟ فيه روايتان ؛ الصحيح منهما ، وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ، أنه تعليق للعنق على صفة .

تنبيه : ينبئ على هذا الخلاف مسائل جمّة ؛ منها ، لو قتل المدبر سيده ، هل يعتق أم لا ؟ على ما يأتي آخر الباب في كلام المصنف . ومنها ، بيعه وهبته ، هل يجوز أم لا ؟ على ما يأتي قريبا في كلام المصنف أيضا . ومنها ، هل اعتباره من الثلث ، أم من كل المال ؟ على ما تقدم في أول الباب . ومنها ، إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول ؛ وهي مسألة المصنف المتقدمة . قال ابن رجب : بناهما الخرقى والأصحاب على هذا الأصل ؛ فإن قيل : هو وصية . جاز الرجوع عنه ، وإن قلنا :

فصل : وإن ارتدَّ المُدَبِّرُ وَلَحِقَ بدارِ الحَرْبِ لم يُنْطَلْ تَذْيِيرُهُ ؛ لأنَّ مِلْكَ سَيِّدِهِ باقٍ عليه ، وَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِالْعِتْقِ وَالْهَبَةِ وَالْبَيْعِ ، إِنْ كَانَ مَقْدُورًا عَلَيْهِ . فَإِنْ سَبَّاهُ الْمُسْلِمُونَ لم يَمْلِكُوهُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِمَعْصُومٍ ، وَيُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهِ إِنْ عَلِمَ بِهِ قَبْلَ قَسَمِهِ . وَيُسْتَتَابُ فَإِنْ تَابَ وَالْأَقْتِلَ ، وَإِنْ لم يُعْلَمْ بِهِ حَتَّى قُسِمَ ، لم يُرَدَّ إِلَى سَيِّدِهِ ، فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، إِنْ اخْتَارَ سَيِّدُهُ أَخْذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي حُسِبَ بِهِ عَلَى آخِذِهِ أَخْذَهُ وَإِنْ لم يَخْتَرْ أَخْذَهُ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ . وَمَتَى عَادَ إِلَى سَيِّدِهِ بَوَاجِهِ مِنَ الْوُجُوهِ ، عَادَ تَذْيِيرُهُ . وَإِنْ لم يَعُدَّ إِلَى سَيِّدِهِ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ وَكَانَ رَقِيقًا لَمَنْ هُوَ فِي يَدِهِ . وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ قَبْلَ سَبْيِهِ عَتَقَ . فَإِنْ سُبِيَ بَعْدَ هَذَا لم يُرَدَّ إِلَى وَرَثَةِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ زَالَ عَنْهُ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَصَارَ كَأَحْرَارِ دَارِ الْحَرْبِ ، وَلَكِنْ يُسْتَتَابُ ، فَإِنْ تَابَ وَأَسْلَمَ صَارَ رَقِيقًا ، يُقَسَّمُ بَيْنَ الْغَانِمِينَ . وَإِنْ لم [٢٤/٦ و] يَتُبَ قَتِلَ ، وَلَمْ يَجْزِ اسْتِزْقَاةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ اسْتِزْقَاةُ إِذَا أَسْلَمَ . وَهُوَ قَوْلٌ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ فِي اسْتِزْقَاةِ إِبْطَالٍ وَلِإِ الْمُسْلِمِ

هُوَ عَتَقٌ بِصِفَةٍ . فَلَا . قَالَ : وَلِلْقَاضِي وَأَبِي الْخَطَّابِ فِي « تَعْلِيقَيْهِمَا » طَرِيقَةٌ أُخْرَى ؛ أَنَّ الرُّوَايَتَيْنِ هُنَا مَبْنِيَّتَانِ عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّهُ وَصِيَّةٌ تُنْجِزُ بِالْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ ، بِخِلَافِ بَقِيَّةِ الْوَصَايَا . وَهُوَ مُنْتَقِضٌ بِالْوَصِيَّةِ لِحِجَاهِ الْبَرِّ . قَالَ : وَلِأَيِّ الْخَطَّابِ فِي « الْهَدَايَةِ » طَرِيقَةٌ ثَلَاثَةٌ ؛ وَهِيَ بِنَاءُ هَاتَيْنِ الرُّوَايَتَيْنِ عَلَى جَوَازِ الرُّجُوعِ بِالْبَيْعِ ، أَمَّا إِنْ قُلْنَا : يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ بِالْفِعْلِ . فَبِالْقَوْلِ أَوَّلَى . وَمِنْهَا ، لَوْ بَاعَ الْمُدَبِّرُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، فَهَلْ يَكُونُ بَيْعُهُ رُجُوعًا ، فَلَا يَعُودُ تَذْيِيرُهُ ، أَمْ لَا يَكُونُ رُجُوعًا ، فَيَعُودُ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ أَيْضًا ، بَنَاهُمَا الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ . فَإِنْ قُلْنَا : التَّذْيِيرُ وَصِيَّةٌ . بَطَلَتْ

الذي^(١) أَعْتَقَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا لَا يَمْنَعُ قَتْلَهُ ، وَإِذْهَابَ نَفْسِهِ وَوَلَائِهِ ، فَلَأَنَّ لَا يَمْنَعُ تَمَلُّكُهُ أُولَى ، وَلَأَنَّ الْمَمْلُوكَ الَّذِي لَمْ^(٢) يُعْتَقِهِ سَيِّدُهُ يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِيهِ لِلْغَانِمِينَ إِذَا لَمْ يُعْرِفْ مَالِكُهُ بَعِيْنَهُ ، وَيَثْبُتُ فِيهِ إِذَا قُسِمَ قَبْلَ الْعِلْمِ بِمَالِكِهِ ، وَالْمِلْكُ آكَدُ مِنَ الْوَلَاءِ ، فَلَأَنَّ يَثْبُتَ مَعَ الْوَلَاءِ وَحْدَهُ أُولَى . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ الْمُدَبِّرُ ذِمِّيًّا فَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ، ثُمَّ مَاتَ سَيِّدُهُ ، أَوْ أَعْتَقَهُ ، ثُمَّ قَدَّرَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ فَسَبَّوْهُ ، مَلَكُوهُ وَقَسَمُوهُ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، وَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، لَا يَمْلِكُونَهُ . فَإِنْ كَانَ سَيِّدُهُ ذِمِّيًّا ، جَازَ اسْتِرْقَاقُهُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي اسْتِرْقَاقِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ . وَهَذَا حُجَّةٌ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ عِصْمَةَ مَالِ الذَّمِيِّ كِعِصْمَةِ مَالِ الْمُسْلِمِ ، بِدَلِيلِ قَطْعِ سَارِقِهِ^(٣) سَوَاءً كَانَ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا ، وَوُجُوبِ ضَمَانِهِ ، وَتَحْرِيمِ تَمَلُّكِ مَالِهِ إِذَا أَخَذَهُ الْكُفَّارُ ثُمَّ قَدَّرَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ فَأَذَرَ كَهَ صَاحِبِهِ قَبْلَ

بُخْرُوجِهِ عَنْ مِلْكِهِ ، وَلَمْ تَعُدْ بَعْوَدِهِ ، وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ تَغْلِيْقٌ بِصِفَةٍ . عَادَ بَعْوَدُ الْمِلْكِ ، بِنَاءً عَلَى أَصْلِنَا فِي عَوْدِ الصِّفَةِ بَعْوَدِ الْمِلْكِ فِي الْعِنَقِ وَالطَّلَاقِ . وَطَرِيقَةُ الْخَرْقِيِّ وَطَائِفَةُ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَنَّ التَّذْيِيرَ يَعُودُ بَعْوَدَ الْمِلْكِ هُنَا ، رَوَايَةً وَاحِدَةً ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبْطَلَ تَذْيِيرَهُ بِالْقَوْلِ . وَهُوَ يَنْتَزِلُ عَلَى أَحَدِ أَمْرَيْنِ ؛ إِمَّا أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَبْطُلُ بِزَوَالِ الْمِلْكِ مُطْلَقًا ، بَلْ تَعُودُ بَعْوَدِهِ ، وَإِمَّا أَنَّ هَذَا حُكْمُ الْوَصِيَّةِ بِالْعِنَقِ خَاصَّةً . وَيَأْتِي أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ قَرِيبًا . وَمِنْهَا ، لَوْ قَالَ : عَبْدِي فُلَانٌ حُرٌّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « إِذَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « سَارِقِهِ » .

القِسْمَةِ . قال القاضي : الفرقُ بينهما أنَّ سيِّده هُنا لو لَحِقَ بدارِ الحربِ جازَ تَمَلُّكُهُ ، فجازَ تَمَلُّكُ عَتِيقِهِ ؛ بخِلافِ المسلمِ . قُلْنَا : إنما جازَ اسْتِرْقَاقُ سيِّده ؛ لزوالِ عِصْمَتِهِ ، وذهابِ عاصِمِهِ ، وهو ذِمَّتُهُ وَعَهْدُهُ ، وأما إذا ارْتَدَّ مُدَبِّرُهُ ، فإنَّ عِصْمَةَ ولأئِهِ ثابتَةٌ بِعِصْمَةِ مَنْ لَهُ ولأئُهُ ، وهو والمسلمُ في ذلك سواءٌ ، فإذا جازَ إِبْطالُ أَحَدِهِما ، جازَ في الآخرِ مثله .

فصل : فإن ارْتَدَّ سيِّدُ المُدَبِّرِ ، فذكرَ القاضي أنَّ المذهبَ أنَّه يكونُ مَوْقُوفًا ، فإن عادَ إلى الإسلامِ فَالتَّذْيِيرُ باقٍ بحالِهِ ؛ لأنَّنا^(١) تَبَيَّنَّا أنَّ مِلْكَهُ لم يَزُلْ ، وإن قُتِلَ أو مات على رِدَّتِهِ لم يَعْتَقِ المُدَبِّرُ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّ مِلْكَهُ زال بِرِدَّتِهِ . وقال أبو بكرٍ : قياسُ قولِ أبي عبدِ اللهِ ، أنَّ تَذْيِيرَهُ يَبْطُلُ

بعدَ موْتَي بَسَنَةٍ . فهل يَصِحُّ وَيَعْتَقُ بعدَ موْتِهِ بَسَنَةٍ ، أم يَبْطُلُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وتقدَّم ذلك في كلامِ المُصَنِّفِ في كتابِ العِتْقِ ، فَلْيُرَاجَعْ . ومنها ، [١٤٥/٣] لو كاتَبَ المُدَبِّرُ ، فهل يكونُ رُجوعًا عنِ التَّذْيِيرِ أم لا ؟ على ما يأتِي في كلامِ المُصَنِّفِ قَريبًا . ومنها ، لو وَصَّى بَعْدَهُ ثم دَبَّرَهُ ، ففيهِ وَجْهان ؛ أَشْهُرُهُما ، أنَّه رُجوعٌ عنِ الوَصِيَّةِ . والثَّانِي ، ليس بِرُجوعٍ . فعلى هذا ، فائِدَةُ الوَصِيَّةِ بِهِ ، أنَّه لو أَبْطَلَ تَذْيِيرَهُ بالقَوْلِ ، لا يَسْتَحِقُّهُ المَوْصِي له . ذكرَهُ في « المُعْنَى » . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ : يَنْبَنِي على أنَّ التَّذْيِيرَ ؛ هل هو عِتْقٌ بِصِفَةٍ أو وَصِيَّةٌ ؟ فإن قُلْنَا : هو عِتْقٌ بِصِفَةٍ قَدَّمَ على المَوْصِي بِهِ ، وإن قُلْنَا : هو وَصِيَّةٌ . فقد ازدَحَمَتْ وَصِيَّتَانِ في هذا العَبْدِ ، فَيَنْبَنِي على أنَّ الوَصايا المَزْدَحِمَةَ إذا كان بعضُها عِتْقًا ، هل تُقدَّمُ أم يَتَحَاصُّ العِتْقُ وَغيرُهُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . فإن قُلْنَا بالمُحَاصَّةِ ، فهو كما لو دَبَّرَ نَصَفَهُ

(١) في م : « ولا » .

بالرَّدَّة ، فإن عاد إلى الإسلام استأنف التَّذِيرَ . وقال الشافعي : التَّذِيرُ باقٍ ، وَيَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ تَذِيرَهُ سَبَقَ رِدَّتَهُ ، فهو كَيْبَعُهُ وَهَبَتْهُ قَبْلَ ارْتِدَادِهِ . وهذا يَنْبَنِي عَلَى الْقَوْلِ فِي مَالِ الْمُرْتَدِّ ، هل هو باقٍ عَلَى مِلْكِهِ ، أَوْ قد زال بِرِدَّتِهِ ؟ وسُيْذَكَّرُ فِي بَابِ الْمُرْتَدِّ . فَأَمَّا إِنْ دَبَّرَ فِي حَالِ رِدَّتِهِ ، فَتَذِيرُهُ مُرَاعَى ؛ إِنْ عادَ إِلَى الْإِسْلَامِ تَبَيَّنَا أَنَّ تَذِيرَهُ وَقَعَ صَحِيحًا ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ مَاتَ تَبَيَّنَا أَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا ، وَلَمْ يَعْتَقِ الْمُدَبِّرُ . وقال ابنُ أَبِي مُوسَى : تَذِيرُهُ بَاطِلٌ . وهو قولُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ يَزُولُ بِالرَّدَّةِ ، وَإِذَا أَسْلَمَ رُدَّ إِلَيْهِ تَمْلُكًا^(١) مُسْتَأْنَفًا .

وَوَصَّى بِنِصْفِهِ ، وَيَصِحُّ ذَلِكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ . انتهى . قال في « الفوائد » : وقد يُقَالُ : الْمَوْصَى لَهُ ، إِنْ قِيلَ : لَا يَمْلِكُ حَتَّى يَقْبَلَ . فقد سَبَقَ زَمَنُ الْعِتْقِ زَمَنَ مِلْكِهِ فَيُنْفَذُ . وَإِنْ قِيلَ : يَمْلِكُ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ . فقد تَقَارَنَ زَمَنُ مِلْكِهِ وَزَمَنُ الْعِتْقِ ، فَيَنْبَغِي تَقْدِيمُ الْعِتْقِ ، كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَسْأَلَةِ مَنْ عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِنَيْعِهِ . ومنها ، الْوَصِيَّةُ بِالْمُدَبِّرِ . فالْمَذْهَبُ ، أَنَّهَا لَا تَصِحُّ . ذَكَرَهَا الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، فِي « خِلَافِهِمَا » ؛ لِأَنَّ التَّذِيرَ الطَّارِئَ ، إِذَا أَبْطَلَ^(٢) الْوَصِيَّةَ ، عَلَى الْمَشْهُورِ ، فَكَيْفَ يَصِحُّ طَرِيقَانُ الْوَصِيَّةِ عَلَى التَّذِيرِ وَمُزَاحَمَتُهَا لَهُ ؟ وَبَنَى الْمُصَنِّفُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ أَيْضًا عَلَى الْأُصُولِ السَّابِقَةِ . ومنها ، وَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ ، هل يَتَّبَعُهَا فِي التَّذِيرِ أَمْ لَا ؟ عَلَى مَا يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ قَرِيبًا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « تَمْلِكَا » .

(٢) فِي ١ : « لَمْ يَبْطُل » .

المقنع وَلَهُ يَبِيعُ الْمُدَبِّرَ وَهَبْتُهُ . وَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَ التَّذْيِيرُ . وَعَنْهُ ، لَا يُبَاعُ إِلَّا فِي الدِّينِ . وَعَنْهُ ، لَا تُبَاعُ الْأُمَّةُ خَاصَّةً .

الشرح الكبير

٢٩٦٥ - مسألة : (وَلَهُ يَبِيعُ الْمُدَبِّرَ وَهَبْتُهُ . وَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَ التَّذْيِيرُ . وَعَنْهُ ، لَا يُبَاعُ إِلَّا فِي الدِّينِ . وَعَنْهُ ، لَا تُبَاعُ الْأُمَّةُ خَاصَّةً) اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي يَبِيعِ الْمُدَبِّرِ ؛ فَنَقَلَ عَنْهُ جَمَاعَةٌ جَوَازَ يَبِيعِهِ مُطْلَقًا ، فِي الدِّينِ وَغَيْرِهِ ، مَعَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِهَا . قَالَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ سَعِيدٍ^(١) : سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنْ [٢٤/٦ ظ] يَبِيعِ الْمُدَبِّرِ إِذَا كَانَ بِالرَّجُلِ

الإنصاف

قوله : وَلَهُ يَبِيعُ الْمُدَبِّرَ وَهَبْتُهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، بِلَا رَيْبٍ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ ، الْقَاضِي ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالشَّيرَازِيُّ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفَوَائِدِ » : وَالْمَذْهَبُ الْجَوَازُ . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ إِمَّا وَصِيَّةٌ أَوْ تَعْلِيلٌ بِصِفَةٍ ، وَكِلَاهُمَا لَا يَمْنَعُ نَقْلَ الْمِلْكِ قَبْلَ الصَّفَةِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ يَبِيعُهُ مُطْلَقًا ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ عِنَقُ بِصِفَةٍ ، فَيَكُونُ لَازِمًا كَالِاسْتِيلَادِ . وَعَنْهُ ، لَا يُبَاعُ إِلَّا فِي الدِّينِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ فِي الْعَبْدِ ، فَقَالَ : وَلَهُ يَبِيعُهُ فِي الدِّينِ ، وَلَا تُبَاعُ الْمُدَبَّرَةُ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَفِي الْأُخْرَى ، الْأُمَّةُ كَالْعَبْدِ . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، لَا تُبَاعُ إِلَّا فِي الدِّينِ أَوْ الْحَاجَةِ . ذَكَرَهَا الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، وَ « كِتَابِ الرَّوَايَتَيْنِ » ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ

(١) فِي م : « سَعْد » .

حَاجَةً إِلَى ثَمَنِهِ ، فَقَالَ : لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ ، مُحْتَاجًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مُحْتَاجٍ . قَالَ
 شَيْخُنَا^(١) : وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ . وَرَوَى مِثْلَ هَذَا عَنْ عَائِشَةَ ، وَعُمَرَ بْنِ
 عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَطَاوُسٍ ، وَمُجَاهِدٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَكَرِهَ بَيْعُهُ ابْنُ
 عُمَرَ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالْتَّخَعِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ ،
 وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَمَالِكٌ ؛ لِأَنَّ ابْنَ
 عُمَرَ رَوَى ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يُبَاعُ الْمُدَبِّرُ وَلَا يُشْتَرَى »^(٢) .
 وَلِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْعَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، أَشْبَهَ أُمَّ الْوَلَدِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ
 أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ مَمْلُوكًا لَهُ عَنْ دُبُرٍ ، فَاحْتَاجَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ
 يَشْتَرِيهِ مِنِّي ؟ » فَبَاعَهُ مِنْ نُعَيْمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بِثَمَانِ مِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَدَفَعَهَا
 إِلَيْهِ ، وَقَالَ : « أَنْتَ أَحْوَجُ مِنْهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) . قَالَ جَابِرٌ : عَبْدٌ قِبْطِيٌّ
 مَاتَ عَامَ أَوَّلِ فِي إِمَارَةِ ابْنِ الزُّبَيْرِ . قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ الْجَوْزْجَانِيُّ : صَحَّتْ
 أَحَادِيثُ بَيْعِ الْمُدَبِّرِ بِاسْتِقَامَةِ الطَّرِيقِ . وَالْخَبَرُ إِذَا ثَبَتَ اسْتُعْنِيَ بِهِ عَنْ
 غَيْرِهِ مِنْ رَأْيِ النَّاسِ . وَلِأَنَّهُ عَتَقَ بِصِفَةِ ثَبَتِ بِقَوْلِ الْمُعْتِقِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ
 الْبَيْعَ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِمَالٍ بَعْدَ الْمَوْتِ ،

فِي « الْفُرُوعِ » : اخْتَارَهُ الْخَرَقِيُّ . وَقَدْ تَقَدَّمَ لَفْظُهُ . وَعَنْهُ ، لَا تُبَاعُ الْأُمَّةُ خَاصَّةً .
 قَالَ فِي « الرُّوَصَةِ » : وَلَهُ بَيْعُ الْعَبْدِ فِي الدِّينِ ، وَفِي بَيْعِهِ الْأُمَّةُ فِيهِ رِوَايَتَانِ . وَمِنْهَا ،
 لَوْ جَحَدَ السَّيِّدُ التَّذْيِيرَ ، فَنَصَّ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ . قَدَّمَهُ

(١) فِي : الْمَغْنَى ٤٢٠/١٤ .

(٢) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . سَنَنَ الدَّارِقُطْنِيُّ ١٣٨/٤ . وَابِيهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ : لَا
 يَبَاعُ الْمَدْبُورُ وَلَا يُشْتَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْمَدْبَرِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٣١٤/١٠ وَضَعْفَاهُ ، وَانْظُرْ لِإِرْوَاءِ الْغَلِيلِ ١٧٧/٦ .

(٣) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي ٣٧٩/١٨ .

فَلَمْ يَمْنَعِ الْبَيْعَ فِي الْحَيَاةِ ، كَالْوَصِيَّةِ . قَالَ أَحْمَدُ : هُمْ يَقُولُونَ : مَنْ قَالَ :
 غُلَامِي حُرٌّ رَأْسَ الشَّهْرِ . فَلَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ رَأْسِ الشَّهْرِ . فَإِنْ قَالَ : غَدًا .
 فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ الْيَوْمَ . وَإِنْ قَالَ : إِذَا مِتُّ . قَالَ : لَا يَبِيعُهُ . فَاَلْمُوتُ أَكْبَرُ^(١)
 مِنَ الْأَجَلِ ، لَيْسَ هَذَا قِيَاسًا ، إِنْ جَازَ أَنْ يَبِيعَهُ قَبْلَ رَأْسِ الشَّهْرِ ، فَلَهُ
 أَنْ يَبِيعَهُ قَبْلَ مَجِيئِ الْمَوْتِ ، وَهُمْ يَقُولُونَ فِي مَنْ قَالَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي
 هَذَا فَعَبْدِي حُرٌّ . ثُمَّ لَمْ يَمُتْ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ بِشَيْءٍ . فَإِنْ قَالَ :
 إِنْ مِتُّ فَهُوَ حُرٌّ . لَا يُبَايَعُ . هَذَا مُتَنَاقِضٌ ، إِنَّمَا أَصْلُهُ الْوَصِيَّةُ مِنَ الثَّلَاثِ ،
 فَلَهُ أَنْ يُغَيِّرَ وَصِيَّتَهُ مَا دَامَ حَيًّا . فَأَمَّا خَبَرُهُمْ ، فَلَمْ يَصَحَّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ،
 إِنَّمَا هُوَ مِنْ قَوْلِ ابْنِ عَمَرَ . قَالَ الطَّحَاوِيُّ : هُوَ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَلَيْسَ
 بِمُسْنَدٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، أَوْ عَلَى
 الْإِسْتِحْبَابِ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا يَثْبُتُ بغيرِ اخْتِيَارِ
 سَيِّدِهَا ، وَلَيْسَ بِتَبَرُّعٍ ، وَيَكُونُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَلَا يُمَكِّنُ إِبْطَالَهُ بِحَالٍ ،
 وَالتَّذْيِيرُ بِخِلَافِهِ . وَالْهَبَةُ كَالْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ فِي الْحَيَاةِ ، فَأُشْبِهَتْ الْبَيْعَ .
 وَرَوَى^(٢) عَنْ أَحْمَدَ^(٢) رِوَايَةً ثَانِيَةً ، أَنَّهُ لَا يُبَايَعُ إِلَّا فِي الدِّينِ . وَهُوَ ظَاهِرُ
 كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُبَايَعُ إِلَّا فِي دَيْنٍ يَغْلِبُ رَقَبَةَ الْعَبْدِ . فَإِذَا

ابْنُ رَجَبٍ . وَقَالَ الْأَصْحَابُ : إِنْ قُلْنَا : هُوَ عِتْقٌ بِصِفَةٍ . لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، وَإِنْ
 قُلْنَا : هُوَ وَصِيَّةٌ . فَوَجْهَانِ ؛ بِنَاءٍ عَلَى مَا إِذَا جَحَدَ الْمُوصِي الْوَصِيَّةَ ، هَلْ هُوَ رُجُوعٌ
 أَمْ لَا ؟ قَالَ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،

(١) فِي م : « أَكْبَرُ » .

(٢-٢) فِي م : « عَنْهُ » .

الشرح الكبير

كَانَ الْعَبْدُ يُسَاوِي أَلْفًا ، وَكَانَ عَلَيْهِ خَمْسُمِائَةٍ ، لَمْ يُبْعَ . وَرُويَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : أَنَا أَرَى بَيْعَ الْمُدَبَّرِ فِي الدِّينِ ، وَإِذَا كَانَ فَقِيرًا لَا يَمْلِكُ شَيْئًا رَأَيْتُ أَنْ أُبَيْعَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ الْمُدَبَّرَ لَمَّا عَلِمَ أَنَّ صَاحِبَهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا غَيْرَهُ ، بَاعَهُ النَّبِيُّ ﷺ لَمَّا عَلِمَ ^(١) مِنْ حَاجَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ إِسْحَاقَ ، وَأَبِي أَيُّوبَ ، وَأَبِي خَيْثَمَةَ ^(٢) ، وَقَالَ ^(٣) : [٢٥/٦] إِنْ بَاعَهُ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ أَجْزَنَاهُ . وَهَذَا مِثْلُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ وَالرَّوَايَةِ الَّتِي قَالَ أَحْمَدُ أَنَّهُ يَرَى بَيْعَهُ فِي الدِّينِ وَإِذَا كَانَ صَاحِبُهُ فَقِيرًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، حَدِيثُ ^(٤) جَابِرِ الْمَذْكُورُ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا بَاعَ الْمُدَبَّرَ عِنْدَ الْحَاجَةِ ، فَلَا يُتَجَاوَزُ بِهِ مَوْضِعَ الْحَاجَةِ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ رَابِعَةٌ ، أَنَّ الْأُمَّةَ لَا تُبَاعُ خَاصَّةً . قَالَ شَيْخُنَا ^(٥) : لَا نَعْلَمُ هَذَا التَّفْرِيقَ بَيْنَ الْمُدَبَّرِ وَالْمُدَبَّرَةِ عَنْ

و « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » : وَإِنْ أَنْكَرَهُ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، إِنْ قُلْنَا : تَغْلِيْقٌ . وَإِلَّا فَوَجْهَانِ . انْتَهَى . قُلْتُ : الصَّحِيْحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ إِذَا جَحَدَ الْوَصِيَّةُ لَا يَكُونُ رُجُوعًا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : قُلْتُ : إِنْ جَوَّزْنَا الرُّجُوعَ وَحَلَفَ ، صَحَّ ، وَإِلَّا فَلَا . وَيَأْتِي آخِرَ الْبَابِ بِمَا يُحْكَمُ عَلَيْهِ إِذَا أَنْكَرَ التَّنْذِيرَ .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « صَاحِبِهِ » .

(٢) كَذَا بِالنَّسَخَتَيْنِ وَأَصْلُ الْمَعْنَى ، وَفِي بَعْضِ نَسَخِهِ : « أَيْ ثَوْرٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ » .

(٣) فِي م : « قَالَ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « لِحَدِيثِ » .

(٥) فِي : الْمَعْنَى ٤٢١/١٤ .

غير إمامنا ، رحمه الله ، وإنما احتاط في رواية المنع من بيعها ؛ لأن فيه إباحة فرجها ، وتسليط مشتريها على وطئها مع الخلاف في بيعها وحلها ، فكره الإقدام على ذلك مع الاختلاف فيه ، والظاهر أن المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم ؛ فإنه إنما قال : لا يُعجبني بيعها . والصحيح جواز بيعها ، فإن عائشة باعت مدبرة لها سحرتها . ولأن المدبرة في معنى المدبر ، فما ثبت فيه ثبت فيها .

٢٩٦٦ - مسألة : (وإن عاد إليه عاد التدبير) لأنه علق عتقه بصفة^(١) فإذا باعه^(٢) ثم عاد إليه^(٣) ، عادت الصفة إليه^(٣) ، كما لو قال : أنت حر إن دخلت الدار . فباعه ثم اشتراه . وذكر القاضي ، أن هذا مبنئ على أن التدبير تعليق بصفة . وفيه رواية أخرى ، أنه وصية ، فيبطل بالبيع ، ولا يعود ؛ لأنه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ، ولم تعد بشرائه .

فائدة : حكم وقف المدبر حكم بيعه . قاله في « الرعايتين » ، و « الزركشي » ، وغيرهم . وكذا حكم هبته .

قوله : وإن عاد إليه عاد التدبير . هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . وصححه في « الفائق » وغيره . وعنه ، يبطل التدبير . وهما مبنيان على أن التدبير ، هل هو عتق بصفة أو

(١) في الأصل : « نصفه » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

وَمَا [١٩٥] وَلَدَتِ الْمُدَبِّرَةُ بَعْدَ تَذْيِيرِهَا فَهُوَ بِمَنْزِلَتِهَا ، وَلَا يَتَّبِعُهَا
وَلَدُهَا مِنْ قَبْلِ التَّذْيِيرِ .

الشرح الكبير وهذا مذهب الشافعي ، إِلَّا أَنَّ عَوْدَ الصِّفَةِ بَعْدَ الشَّرَاءِ لَهُ فِيهِ قَوْلَانِ .
وَالصَّحِيحُ أَنَّ الصِّفَةَ تَعُودُ بِعَوْدِهِ إِلَى مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ وَجَدَ فِيهِ التَّعْلِيلُ
بِصِفَةٍ^(١) ، فَلَا يَزُولُ حُكْمُ التَّعْلِيلِ بِوُجُودِ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ فِيهِ ، بَلْ هُوَ
جَامِعٌ لِلْأَمْرَيْنِ^(٢) ، وَغَيْرُ مُمْتَنِعٍ وَوُجُودِ الْحُكْمِ بِسَبَبَيْنِ ، فَيَثْبُتُ
حُكْمُهُمَا فِيهِ .

٢٩٦٧ - مسألة : (وما ولدت المدبرة بعد تذييرها فهو بمنزلتها ،
ولا يتبعها ولدها من قبل التذيير) وجملته ذلك ، أَنَّ الْوَلَدَ الْحَادِثَ مِنْ
الْمُدَبِّرَةِ بَعْدَ تَذْيِيرِهَا لَا يَخْلُو مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا
حَالَ تَذْيِيرِهَا ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ

وَصِيَّةٌ ؟ عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ أَيْضًا فِي الْفَوَائِدِ بِأَنَّهُ مِنْ ذَلِكَ ، فَلْيُرَاجَعْ .
وَالصَّحِيحُ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ ، رُجُوعُهُ إِلَى التَّذْيِيرِ مُطْلَقًا .

قوله : وما ولدت المدبرة ، بعد تذييرها فهو بمنزلتها . وهو المذهب ، وعليه
أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ
فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَائِيَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْفَوَائِدِ » : الْمَشْهُورُ أَنَّهُ
يَتَّبَعُهَا فِي التَّذْيِيرِ ، كَمَا لَوْ وَلَدَتْهُ بَعْدَهُ ، سِوَاءَ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ التَّعْلِيلِ أَوْ الْعِتْقِ أَوْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « نَصْفَهُ » .

(٢) فِي م : « لِأَمْرَيْنِ » .

التَّذْيِيرُ ، فهذا يَدْخُلُ معها في التَّذْيِيرِ بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لَأَنَّهُ كَعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، فَإِنْ بَطَلَ التَّذْيِيرُ فِي الْأُمِّ لِيَبْعَ أَوْ مَوْتَ ، أَوْ رُجُوعِ بِالْقَوْلِ ، لَمْ يَبْطُلْ فِي الْوَلَدِ ؛ لَأَنَّهُ ثَبَتَ أَصْلًا . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ تَحْمِلَ بِهِ بَعْدَ التَّذْيِيرِ ، فَهَذَا يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي التَّذْيِيرِ ، وَيَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَهَا فِي الْعِتْقِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ^(١) ، وَابْنِ عُمَرَ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالْقَاسِمُ ، وَمَجَاهِدٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّخَعِيُّ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ حَنْبَلًا نَقَلَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ وَلَدَ الْمُدَبَّرَةِ عَبْدٌ إِذَا لَمْ يَشْرُطِ الْمَوْلَى . قَالَ : فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُهَا ، وَلَا يَعْتِقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا . وَهَذَا قَوْلُ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ [٢٥٠/٦ ط] كَالْمَذْهَبَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَتَّبِعُهَا . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا مُعَلَّقٌ بِصِفَةٍ ، ثَبَتَ بِقَوْلِ الْمُعْتِقِ وَحْدَهُ ، فَأُشْبِهَتْ مَنْ عُلِقَ عِتْقُهَا بِدُخُولِ الدَّارِ . قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ : إِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْحَائِطِ تَصَدَّقَتْ بِهِ إِذَا مِتَّ ، فَإِنْ ثَمَرَتْهُ لَكَ مَا عِشْتَ . وَلِأَنَّ التَّذْيِيرَ

حَادِثًا بَيْنَهُمَا . وَعَنْهُ ، فِي الْحَمْلِ بَعْدَ التَّذْيِيرِ ، أَنَّهُ كَحَمْلِ مُعْتَقَةٍ بِصِفَةٍ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي أَوَاخِرِ الْبَابِ الَّذِي قَبْلَهُ . وَعَنْهُ ، لَا تَتَّبِعُهَا الْأُنْثَى إِلَّا بِشَرِّطِ السَّيِّدِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، بِخِلَافِ الذَّكَرِ . قَالَه [١٤٥/٣ ط] فِي « الْفَائِقِ » . وَاخْتَارَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ، أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُ . قَالَه فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الْفَوَائِدِ » : وَحَكَى الْقَاضِي ، فِي كِتَابِ « الرُّوَايَتَيْنِ » ، فِي تَبْعِيَةِ الْوَلَدِ رِوَايَتَيْنِ ، وَبَنَاهُمَا عَلَى أَنَّ التَّذْيِيرَ ؛

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في ولد المدبرة ... من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ١٦٥/٦ .

وَصِيَّةٌ ، وولَدُ الْمُوصَى بها قَبْلَ المَوْتِ لِسَيِّدِهَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ عَمْرٍ ،
وَابْنِ عَمْرٍ ، وَجَابِرٍ^(١) ، أَنَّهُمْ قَالُوا : وَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ بِمَنْزِلَتِهَا . وَلَمْ نَعْرِفْ
لَهُمْ فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ الْأُمَّ اسْتَحَقَّتِ الْحُرِّيَّةَ بِمَوْتِ
سَيِّدِهَا ، فَيَتَّبَعُهَا وَلَدُهَا ، كَأُمِّ الْوَلَدِ . وَيُفَارِقُ التَّعْلِيقَ بِصِفَةِ فِي الْحَيَاةِ ،
وَالْوَصِيَّةَ ؛ لِأَنَّ التَّنْذِيرَ آكَدُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِيهِ
الْأَمْرَانِ^(٢) ، وَمَا وَجَدَ فِيهِ سَبِيلَانِ آكَدُ مِمَّا وَجَدَ فِيهِ أَحَدُهُمَا ، وَلِذَلِكَ لَا
يَنْطَلُ بِالمَوْتِ ، وَلَا بِالرُّجُوعِ عَنْهُ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ بَطَلَ التَّنْذِيرُ فِي الْأُمِّ
لِمَعْنَى اخْتِصَّصَ بِهَا مِنْ يَتَّعٍ ، أَوْ مَوْتٍ ، أَوْ رُجُوعٍ ، لَمْ يَنْطَلُ فِي وَلَدِهَا ،
وَيَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ أُمُّهُ بَاقِيَةً عَلَى التَّنْذِيرِ . فَإِنْ لَمْ يَتَّسِعِ
الثَّلَاثُ لَهَا جَمِيعًا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَأَيُّهُمَا خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ لَهُ عَتَقَ إِنْ احْتَمَلَهُ
الثَّلَاثُ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ . وَإِنْ فَضَلَ مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ عِتْقِهِ شَيْءٌ
كَمَّلَ مِنَ الْآخِرِ ، كَمَا لَوْ دَبَّرَ عَبْدًا وَ^(٣)أُمَةً مَعًا .

الإنصاف هل هو عتق لازم كالاستيلاد أم لا ؟ ومن هنا قال أبو الخطاب في « انتصاره » :
تَبِعِيَّةُ الْوَلَدِ مَبْنِيٌّ عَلَى لَزُومِ التَّنْذِيرِ . وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا يَتَّبَعُهَا الْحَادِثُ
بَيْنَهُمَا ، وَإِنَّمَا يَتَّبَعُهَا إِذَا كَانَ مَوْجُودًا مَعَهَا فِي أَحَدِهِمَا مِنْ حُكْمٍ وَلَدِ الْمُعْلَقِ عَتَقَهَا
بِصِفَةٍ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّنْذِيرَ تَعْلِيقٌ بِصِفَةٍ . وَيَنْبَغِي عَلَى هَذَا أَنْ يُخْرَجَ طَرِيقَةٌ أُخْرَى ،

(١) أخرجه عن جابر وابن عمر ، البيهقي ، في : باب ما جاء في ولد المدبرة ... ، من كتاب المدير . السنن الكبرى
٣١٥/١٠ . وعن ابن عمر ، عبد الرزاق ، في : باب أولاد المدبرة ، من كتاب المدير . المصنف ١٤٤/٩ .

(٢) في م : « الأحرار » .

(٣) في م : « أو » .

فأما الولد الذي وُجدَ قبل التَّذْيِيرِ ، فلا يَتَّبِعُها ؛ لأنه لا يَتَّبِعُ في العِتْقِ
الْمُنْجَزِ ، ولا في حُكْمِ الاسْتِيلَادِ ، ولا في الكِتَابَةِ ، فلأنَّ^(١) لا يَتَّبِعُ في
التَّذْيِيرِ أَوْلَى ، فإنَّ المَيْمُونِيَّ قال : قلتُ لأحمدَ : ما كان من وَلَدِ المُدَبَّرَةِ
قبل أن تُدَبَّرَ .^(٢) قال : لا^(٣) يَتَّبِعُها من وَلَدِها ما كان قبل ذلك ، إنما يَتَّبِعُها

الشرح الكبير

أنَّه لا يَتَّبِعُها الولدُ الحادثُ بينهما بغيرِ خلافٍ . وأما ما كان موجوداً في أَحَدِ الحَالَيْنِ ،
فهل يَتَّبِعُها ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ بناءً على أنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةٌ ، وَحُكْمٌ وَلَدِ المَوْصَى بها
كذلك ، عندَ الأصحابِ . انتهى كلامُهُ في « الفَوَائِدِ » . وقال في « القَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ
وَالثَّمَانِينَ » ، على القَوْلِ بأنَّه يَتَّبِعُها : قال الأكثرُونَ : ويكونُ مُدَبَّرًا بِنَفْسِهِ لا بِطَرِيقِ
التَّبَعِ ، بخلافِ وَلَدِ المُكَاتَبَةِ . وقد نصَّ في رِوَايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، على أنَّ الأُمَّ لو
عَتَقَتْ في حَيَاةِ السَّيِّدِ ، لم يَتَّقِ الولدُ حتى تموتَ . وعلى هذا ، لو رَجَعَ في تَذْيِيرِ
الأُمِّ ، وقُلْنَا : له ذلك . بَقِيَ الولدُ مُدَبَّرًا . هذا قولُ القاضي ، وابنِ عَقِيلٍ . وقال
أبو بَكْرٍ في « التَّنْبِيهِ » : هل هو تابعٌ مُحضٌّ لها ؛ إن عَتَقَتْ عتقَ ، وإن رَقَّتْ رَقَّ ؟
وهو ظاهرُ كلامِ ابنِ أَبِي مُوسَى . انتهى . وقال في « الْإِنْصَارِ » : هل يُبْطَلُ عِتْقُ
المُدَبَّرِ وأُمِّ الولدِ بِمَوْتِهِما قبلَ السَّيِّدِ أم لا ؛ لأنَّه لا مالَ لهما ؟ اختلفَ كلامُهُ ،
ويُظْهِرُ الحُكْمُ في وَلَدِهما .

الإنصاف

قوله : ولا يَتَّبِعُها وَلَدُها قبلَ التَّذْيِيرِ . هذا المذهبُ . قال الزُّرْكَشِيُّ : هذا المذهبُ
بلا رَيْبٍ . وكذا قال غيرُهُ . وعليه الأصحابُ . وعنه ، يَتَّبِعُها . حكاهَا أبو
الخطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ في « الفُصُولِ » من رِوَايَةِ حَنْبَلٍ . وتأوَّلَهَا المُصَنِّفُ ،
وقال : هذه الرِّوَايَةُ بَعِيدَةٌ .

(١) في م : « فأن » .

(٢-٣) سقط من : الأصل .

ما كان بعد ما دُبِّرَتْ . وذكر أبو الخطَّابِ روايةً أُخرى ، أنَّه يتَّبَعُها في التَّدْبِيرِ ، كالمولود^(١) بعده ؛ لأنَّ حَنْبَلًا قال : سَمِعْتُ عَمِّي يقولُ في الرجلِ يُدَبِّرُ الجاريةَ ولها ولدٌ ، قال : ولَدُها معها . قال شيخنا^(٢) : وهذا بعيدٌ ، والظاهرُ أنَّ أحمدَ إنما أراد ولَدَها بعد التَّدْبِيرِ ، على ما صرَّحَ به في غير هذه الرواية ، فإنَّ ولَدَها لا يتَّبَعُها في شيءٍ من^(٣) الأسبابِ التي تنقلُ المِلْكَ في الرِّقَّةِ ، من البَيْعِ ، والهَبَةِ ، والوَقْفِ ، ولا يتَّبَعُها في الاستِيلادِ الذي هو آكدُ من التَّدْبِيرِ ، فلأنَّ^(٤) لا يتَّبَعُها في التَّدْبِيرِ أُولَى .

فصل : فأما ولَدُ المُدَبِّرِ ، فحُكْمُهُ حُكْمُ أمِّه ، بغيرِ خلافٍ عَلِمناه . وهو قولُ ابنِ عمرَ ، وعطاءٍ ، والزُّهريِّ ، والأوزاعيِّ ، والليثِ ؛ لأنَّ الولدَ يتَّبَعُ الأمَّ في الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ . فإنَّ تَسَرَّى المُدَبِّرُ بإذنِ سيِّده فولدَ له ،

فائدتان ؛ إحداهما ، لو ولَدَتِ الموصى بوقفها أو عتقها قبل موت الموصى ، لم يتَّبَعُها . ذكره القاضي في الموصى بعتقها . وقياسه الأخرى . ويَحْتَمِلُ أن يتَّبَعَ في الوصية بالوقف ؛ بناءً على أنَّ الغالبَ فيه ثبوتُ التحريرِ دونَ التَّمْلِيكِ . قاله في « القواعد » . الثانية ، ولَدُ المُدَبِّرِ من أمة المُدَبِّرِ نفسه كالمُدَبِّرِ . نصَّ عليه . قدَّمه في « الفروع » . قال المصنِّفُ ، والشارحُ : فإنَّ تَسَرَّى المُدَبِّرُ بإذنِ سيِّده ، فولدَ له ، فروى عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، أنَّهم يتَّبَعُونَهُ في التَّدْبِيرِ . واقتصرَ عليه .

(١) في م : « كالموجود » .

(٢) في : المغنى ٤٢٦/١٤ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « فأن » .

فروى عن أحمد ، أنهم يتبعونه في التدبير . وروى ذلك عن مالك . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأن إباحة التسري تبني على ثبوت الملك ، وللد الحر من أمته يتبعه في الحرية دون أمه ، كذلك ولد المدبر من^(١) أمته يتبعه دونها ، ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته ، فيتبعه في ذلك ، كولد [٢٦/٦ و] المكاتب من أمته .

الشرح الكبير

فصل : وإذا ولدت المدبرة ، فرجع في تدبيرها ، وقلنا بصحة الرجوع ، لم يتبعها ولدها ؛ لأن الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ، ففي الرجوع أولى . وإن رجع في^(٢) تدبيره وحده جاز ؛ لأنه إذا جاز الرجوع في الأم المباشرة بالتدبير ، ففي غيرها أولى . فإن رجع في^(٣) تدبيرهما ، جاز ، كما لو دبرها وابنها^(٤) المنفصل . وإن دبرها حاملاً ، ثم رجع في تدبيرها حال حملها ، لم يتبعها الولد في الرجوع ؛ لأن التدبير إعتاق ، والإعتاق مبني على التغليب والسرية ، والرجوع عنه

وذكر جماعة ، أنه لا يتبعه . قاله في « الفروع » . قال في « الرعايتين » : ولا يكون ولد المدبر من أمته مثله في الأصح ، بل يتبع أمه . وقال في « الفروع » أيضاً : وولده من غير أمته كالأم . فجزم بأنه كالأم . وقال في « الفائق » : وولد المدبر تابع أمه لا أباه ، في أصح الوجهين . قال في « الحاوي الصغير » : ولا يكون ولد

الإنصاف

(١) سقط من : م .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) في م : « ابنه » .

بَعُكْسٍ ذَلِكَ ، فلم يَتَّبِعِ الْوَلَدُ فِيهِ . وهذا كما لو وُلِدَ لَهُ تَوَآمَانٌ ، فَأَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا ، لِحِقَاقِهِ جَمِيعًا ، وَإِنْ نَفَى ^(١) أَحَدَهُمَا ، لم يَنْتَفِ الْآخَرُ ، وَإِنْ رَجَعَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، جاز . وَإِنْ دَبَّرَ الْوَلَدُ دُونَ أُمِّهِ ، أَوِ الْأُمُّ دُونَ وَلَدِهَا ، جاز ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، فَجَوَازُ أَنْ يُدَبَّرَ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّهُ تَغْلِيْقٌ لِلْعِتْقِ بِصِفَةٍ ، فَجَازُ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، كَالْتَّغْلِيْقِ بِدُخُولِ الدَّارِ . وَإِنْ دَبَّرَ أُمَّتُهُ ثُمَّ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَذْيِيرِي . لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ لَا يَصِحُّ تَغْلِيْقُهُ بِصِفَةٍ ^(٢) . وَإِنْ قَالَ : كُلَّمَا وَلَدْتُ وَلَدًا فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَذْيِيرِهِ . لم يَصِحَّ ؛ لِذَلِكَ .

فصل : إِذَا اخْتَلَفَتِ الْمُدَبِّرَةُ وَوَرَثَةُ سَيِّدِهَا فِي وَلَدِهَا ، فَقَالَتْ : وَلَدْتُهُمْ بَعْدَ تَذْيِيرِي ، فَعَتَّقُوا مَعِيَ . وَقَالَ الْوَرَثَةُ : بَلْ وَلَدْتِهِمْ ^(٣) قَبْلَ تَذْيِيرِكِ ، فَهُمْ مَمْلُوكُونَ لَنَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ مَعَ أَيْمَانِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ رِقَّتِهِمْ

الْمُدَبِّرِ مِثْلَهُ فِي أَصْحَابِ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ ، وَالْخِرَقِيُّ ، رَحِمَهُمَا اللَّهُ : إِنَّمَا حُكِمَ عَلَى وَلَدِ الْمُدَبِّرَةِ ، أَمَّا وَلَدُ الْمُدَبِّرِ ، فَلَا يَتَّبِعُ أَبَاهُ مُطْلَقًا عَلَى الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، يَتَّبِعُهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، الْجَزْمُ بِهَا فِي وَلَدِهِ مِنْ أُمِّهِ الْمَادُونِ لَهُ فِي التَّسَرُّيِّ بِهَا ، وَيَكُونُ مُدَبِّرًا . انْتَهَى .

(١) فِي الْأَصْلِ : « بَقِيَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « نَصَفَهُ » .

(٣) فِي م : « وَلَدْتِهِمْ » .

المقنع وَلَهُ إِصَابَةٌ مُدَبِّرَتِهِ ، فَإِنْ أَوْلَدَهَا بَطَلَ تَدْبِيرُهَا .

الشرح الكبير وانتفاء الحرية عنهم ، فإذا لم تكن بينة ، فالقول قول من يوافق قوله الأصل .

فصل : وكسب المدبر في حياة سيده لسيدته ، له أخذه منه ؛ لأن التدبير لا يخرج عن شبهة الوصية بالعنق ، أو بالتعليق له على صفة ، أو بالاستيلاء ، وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم ، فكذلك المدبر . فإن اختلف هو وورثته سيده فيما^(١) بيده بعد عتقه ، فقال : كسبته بعد حرיתי . وقالوا : بل قبلها . فالقول قوله ؛ لأنه في يده ، ولم يثبت ملكهم عليه ، بخلاف الولد ، فإنه كان رقيقاً لهم . فإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ، فقدمت بينة الورثة عند من يرى تقديم بينة الخارج ، وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل . فإن أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ، ثم تجدد ملكه عليه بعد موته ، فالقول قول الوارث ؛ لأن الأصل معهم^(٢) . وإن أقام المدبر بينة بدعواه ، قبلت ، وتقدم على بينة الورثة إن كانت لهم بينة ؛ لأن بينته تشهد بزيادة ، وإن لم يقر المدبر بأنه كان له في حياة سيده ، فأقام الورثة بينة به ، فهل تسمع بينتهم ؟ على وجهين .

٢٩٦٨ - مسألة : (وله إصابة مدبرته ، فإن أولدها بطل تدبيرها)

الإنصاف تنبيه : ظاهر قوله : وله إصابة مدبرته . أنه سواء شرطه أو لا . وهو صحيح ، نص عليه ، ولا أعلم فيه خلافاً . ويجوز له وطء ابنتها ، إن لم يكن وطئ أمها ،

(١) في م : « فما » .

(٢) في الأصل : « منهم » .

الشرح الكبير

يُباحُ وَطْءُ أُمِّهِ الْمُدَبَّرَةِ . وقد رُوِيَ عن ابنِ عمرَ ، أَنَّهُ دَبَّرَ أُمَّتَيْنِ ، وكانَ يَطْوَهُمَا ^(١) . وَمِمَّنْ رَأَى [٢٦/٦ ظ] ذَلِكَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . قالَ أَحْمَدُ : لَا أَعْلَمُ أَحَدًا كَرِهَ ذَلِكَ غَيْرَ الزُّهْرِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ الْأَوْزَاعِيِّ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ : إِنْ كَانَ يَطْوَها قَبْلَ تَذْيِيرِها فَلَا بَأْسَ بِوَطْئِها بَعْدَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَطْوَها قَبْلَهُ لَمْ يَطْأْها بَعْدَ التَّذْيِيرِ . وَلَنَا ، أَنَّها مَمْلُوكَتُهُ ، لَمْ تَشْتَرِ نَفْسَها مِنْهُ ، فَحَلَّ لَهُ وَطْؤُها ؛ لقولِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَمْلُومِينَ ﴾ ^(٢) . وَقياسًا على أُمِّ الْوَلَدِ .

فصل : وابنةُ المُدَبَّرَةِ مِثْلُها في حِلِّ وَطْئِها ، إِنْ لَمْ يَكُنْ وَطِئَ أُمُّها . وَعنه ، ليسَ لَهُ وَطْؤُها ؛ لِأَنَّ حَقَّ الحُرِّيَّةِ ثَبَتَ لَهَا تَبَعًا ، أَشْبَهَ وَلَدَ الْمُكَاتَبَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ مِلْكَ سَيِّدِها تَامٌ فيها ، فَحَلَّ لَهُ وَطْؤُها ؛ لِلآيَةِ ، وَكَأُمِّها . وَاسْتِحْقاقُها الحُرِّيَّةَ لَا يَزِيدُ على اسْتِحْقاقِ أُمِّها ، وَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ وَطْأَها . وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ ، فَأُلْحِقَتْ بِأُمِّها ، وَأُمُّها يَحْرُمُ وَطْؤُها ، فَكَذَلِكَ

على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ . قالَ في « الفائق » : في أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ . وَقَدَّمَهُ في الإِنْصَافِ « المِغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » . وَعنه ، لَا يَجُوزُ .

(١) أخرجه الإمام مالك ، في : باب مس الرجل وليدته إذا دبرها ، من كتاب المدبر . الموطأ ٨١٤/٢ . والبيهقي ، في : باب وطء المدبرة ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٥/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ مدبرته ، من كتاب المدبر . المصنف ١٤٧/٩ .
(٢) سورة المؤمنون ٦ ، سورة الماعراج ٣٠ .

المقنع وَإِنْ كَاتَبَ الْمُدَبِّرَ ، أَوْ دَبَّرَ الْمُكَاتَبَ ، جَازَ .

الشرح الكبير ابْتَنَاهَا ، وَأُمُّ هَذِهِ يَحِلُّ وَطُؤُهَا ، فَيَجِبُ إِلْحَاقُهَا بِهَا . وَكَلَامُ أَحْمَدَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ وَطِئَ أُمَّهَا .

فصل : فَإِنْ أَوْلَدَهَا بَطَلَ تَدْبِيرُهَا ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى التَّدْبِيرِ الْعِنْتُ مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَالِاسْتِيلَادُ يَقْتَضِي ذَلِكَ ، مَعَ تَأْكُدهِ وَقُوَّتِهِ ، فَإِنَّهَا تَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهَا . وَلَا يَمْنَعُ الدَّيْنُ عِتْقَهَا ، فَوَجَبَ أَنْ يَبْطُلَ بِهِ التَّدْبِيرُ ، كَمِلْكِ الرَّقَبَةِ إِذَا طَرَأَ عَلَى مِلْكِ النِّكَاحِ ، أَبْطَلَهُ .

٢٩٦٩ - مسألة : (وَإِنْ كَاتَبَ الْمُدَبِّرَ ، أَوْ دَبَّرَ الْمُكَاتَبَ ، جَازَ)

أَمَّا تَدْبِيرُ الْمُكَاتَبِ ، فَهُوَ صَحِيحٌ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيْقٌ لِعِتْقِهِ بِصِفَةٍ ، وَهُوَ يَمْلِكُ إِعْتَاقَهُ ، فَيَمْلِكُ التَّعْلِيْقَ . وَإِنْ كَانَ وَصِيَّةً ، فَهُوَ وَصِيَّةٌ بِمَا يَمْلِكُ وَهُوَ الْإِعْتَاقُ . وَتَصَحُّحُ كِتَابَةِ الْمُدَبِّرِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَالْحَسَنِ . وَلَفْظُ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنْ مُجَاهِدٍ ، قَالَ ^(١) : دَبَّرَتْ امْرَأَةٌ مِنْ قُرَيْشٍ خَادِمًا لَهَا ، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تَكَاتِبَهُ ، قَالَ : فَكَنْتُ ^(٢) الرَّسُولَ إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ ، فَقَالَ : كَاتِبِيهِ ^(٣) ، فَإِنْ

الإِنصَافُ قَوْلُهُ : وَإِذَا كَاتَبَ الْمُدَبِّرَ ، أَوْ دَبَّرَ الْمُكَاتَبَ ، جَازَ . بَلَا نِزَاعَ . لَكِنْ لَوْ كَاتَبَ الْمُدَبِّرَ ، فَهَلْ يَكُونُ رُجُوعًا عَنِ التَّدْبِيرِ ؟ إِنْ قُلْنَا : التَّدْبِيرُ عِنْتُ بِصِفَةٍ . لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ وَصِيَّةٌ . انْتَبَى عَلَى أَنَّ كِتَابَةَ الْمُوصَى بِهِ ، هَلْ تَكُونُ رُجُوعًا ؟

(١) فِي الْأَصْلِ : « فَإِنْ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فَكَتَبَ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « كَاتِبِيهِ » .

أَدَّى كِتَابَتَهُ فِذَاكَ ، وَإِنْ حَدَّثَ بَلْ حَدَّثَ عَتَقَ . قَالَ : وَأَرَاهُ قَالَ : مَا كَانَ عَلَيْهِ لَهُ ^(١) . وَلَأَنَّ التَّذْيِيرَ إِنْ كَانَ عِتْقًا بِصِفَةٍ ، لَمْ يَمْنَعِ الْكِتَابَةَ ، كَالَّذِي عَلَّقَ عِتْقَهُ بِدُخُولِ الدَّارِ . وَإِنْ كَانَ وَصِيَّةً ، لَمْ يَمْنَعَهَا ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِعِتْقِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُ . وَلَأَنَّ التَّذْيِيرَ وَالْكِتَابَةَ سَبَبَانِ لِلْعِتْقِ ، فَلَمْ يَمْنَعِ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، كَتَّذْيِيرِ الْمُكَاتَبِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ التَّذْيِيرَ يَبْطُلُ ^(٢) بِالْكِتَابَةِ ، إِذَا قُلْنَا : هُوَ وَصِيَّةٌ . كَمَا لَوْ وَصَّى بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ كَاتَبَهُ . وَهَذَا يُخَالِفُ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ ، وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ فِي نَفْسِهِ . وَيُفَارِقُ التَّذْيِيرُ الْوَصِيَّةَ بِهِ لِرَجُلٍ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْكِتَابَةِ وَالتَّذْيِيرِ لَا يَتَنَافِيَانِ ، إِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ مِنْهُمَا جَمِيعًا الْعِتْقَ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا كَانَا آكَدَ لِحُصُولِهِ ، فَإِنَّهُ مَتَى فَاتَ عِتْقُهُ بِأَحَدِهِمَا حَصَلَ بِالْآخَرِ ، وَأَيُّهُمَا وَجَدَ قَبْلَ صَاحِبِهِ حَصَلَ الْعِتْقُ بِهِ ، وَمَقْصُودُ الْوَصِيَّةِ بِهِ وَالْكِتَابَةِ يَتَنَافِيَانِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُرَادُّ لِلْعِتْقِ ، وَالْوَصِيَّةُ تُرَادُّ [٢٧/٦ و] لِحُصُولِ الْمِلْكِ فِيهِ لِلْمُوصَى لَهُ ، وَلَا يَجْتَمِعَانِ .

فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَشْهُرُهُمَا ، أَنَّهُ رُجُوعٌ . وَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ ، أَنَّ كِتَابَةَ الْمُدَبَّرِ لَيْسَتْ رُجُوعًا عَنْ تَذْيِيرِهِ . وَنَقَلَ ابْنُ الْحَكَمِ ، عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ رُجُوعٌ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةٌ ، فَتَبْطُلُ بِالْكِتَابَةِ .

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمُدِيرِ يَجْنِي ... ، مِنْ كِتَابِ الْمُدِيرِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣١٤/١٠ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَكَاتِبُ مَدِيرَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ وَالْأَفْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٣٧٥/٦ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مَبْطُل » .

فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ ، وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ عَتَقَ ، إِنْ حَمَلَ الثُّلْثُ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ ، وَهُوَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ .

٢٩٧٠ - مسألة : (فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ) بِالْكِتَابَةِ ، وَبَطَلَ التَّدْبِيرُ (وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ عَتَقَ ، إِنْ حَمَلَ الثُّلْثُ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ) وَبَطَلَتِ الْكِتَابَةُ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ (عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ) مِنْهُ وَكَانَ (عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ) .

فصل : ومتى عَتَقَ بالتَّدْبِيرِ ، كَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ قَبْلَ الْعِتْقِ ، فَيَكُونُ لَهُ بَعْدَ الْعِتْقِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ مُكَاتَبًا وَبَطَلَتِ الْكِتَابَةُ . ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّ مَا فِي يَدِهِ لَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَجَزَ . قَالَ شَيْخُنَا : وَعِنْدِي أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَعْتَقَ وَيَتَّبِعَهُ وَلَدُهُ وَأَكْسَابُهُ^(١) ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَمْلِكُ إِنْطَالَ كِتَابَتِهِ ؛ لَكُونِهَا عَقْدًا لَازِمًا مِنْ جِهَتِهِ ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَ حَقِّهِ عَلَيْهِ . فَأَمَّا مَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُكَاتَبُ مِنْ أَوْلَادِهِ وَأَكْسَابِهِ ، فَلَا يَتِمَكَّنُ السَّيِّدُ مِنْ أَخْذِهِ ، وَيَصِيرُ كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدُوا^(٢) بِالْبُطْلَانِ زَوَالَ الْعَقْدِ دُونَ سُقُوطِ أَحْكَامِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قوله : فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ ، وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ عَتَقَ ، إِنْ حَمَلَ الثُّلْثُ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ الثُّلْثِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ ، وَهُوَ عَلَى

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَكْسَابُهُ » .

(٢) فِي م : « يُرِيدُ » .

وإِذَا دَبَّرَ شَرْكَاءَهُ فِي عَبْدٍ لَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَإِنْ أَعْتَقَ
شَرِيكُهُ سَرَى إِلَى الْمُدَبِّرِ ، وَغَرِمَ قِيمَتَهُ لِسَيِّدِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْرِيَ

الشرح الكبير

٢٩٧١ - مسألة : (وَإِذَا دَبَّرَ شَرْكَاءَهُ فِي عَبْدٍ لَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ
شَرِيكِهِ ، وَإِنْ أَعْتَقَ شَرِيكُهُ سَرَى إِلَى الْمُدَبِّرِ ، وَغَرِمَ قِيمَتَهُ لِسَيِّدِهِ .

الإنصاف

الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ . مُقْتَضَى قَوْلِهِ : إِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ مَا بَقِيَ مِنَ الْكِتَابَةِ . أَنَّ الْمُعْتَبَرَ
فِي خُرُوجِهِ مِنَ الثُّلُثِ ، هُوَ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ . وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ،
وَكَلَامِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْح » . وَمُقْتَضَى كَلَامِهِ فِي « الْمَعْنَى » ،
وَ « الْمُحَرَّر » ، وَ « الْفُرُوع » ، وَغَيْرِهِمْ ، اعْتِبَارُ قِيمَتِهِ مُدَبِّرًا ، وَجَزُمُوا بِهِ .
وَصَحَّحَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » .

فائدة : لو عتق بالكتابة ، كان ما في يده له ، ولو عتق بالتدبير ، مع العجز
عن أداء مال الكتابة ، كان ما في يده للورثة . وإن مات [١٤٦/٣] السيد قبل العجز
وأداء جميع الكتابة ، عتق بالتدبير ، وما في يده له ، عند المصنف ، والشارح ،
وابن حمدان ، وغيرهم . وقيل : للورثة . وحكاها المصنف عن الأصحاب .
وهو المذهب . ويأتى نظير ذلك إذا أولد المكتبة ، في باب الكتابة .

فائدة : لو أولد أمته ثم كاتبها ، أو كاتبها ثم أولدها ، جاز ، لكن تعتق بموته
مطلقاً . ولو دبر أم ولده ، لم يصح ؛ إذ لا فائدة فيه . وهذا المذهب . واختار ابن
حمدان الصحة إن جاز بيعها وقلنا : التدبير عتق بصفة .

قوله : وَإِذَا دَبَّرَ شَرْكَاءَهُ فِي عَبْدٍ ، لَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَإِنْ أَعْتَقَ شَرِيكُهُ ،
سَرَى إِلَى الْمُدَبِّرِ . وعنه ، وَغَرِمَ قِيمَتَهُ لِسَيِّدِهِ . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْرِيَ فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي (وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ ، لَمْ يَسِرِ التَّدْبِيرُ إِلَى نَصِيْبِ شَرِيكِهِ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا ، أَنَّهُ يَسْرِي تَدْبِيرُهُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا ، وَيُقَوِّمُ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شَرِيكِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْعِتْقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَسَرَى ذَلِكَ فِيهِ ، كَالِاسْتِيلَادِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَعْلِيْقٌ لِلْعِتْقِ بِصِفَةِ فَلَمْ يَسِرْ ، كَتَعْلِيْقِهِ بِدُخُولِ الدَّارِ ، وَيَفَارِقُ الْاسْتِيلَادَ ، فَإِنَّهُ آكَدُ ، وَلِهَذَا يَعْتَقُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَلَوْ قَتَلَتْ سَيِّدَهَا لَمْ يَبْطُلْ حُكْمُ اسْتِيلَادِهَا ، وَالْمُدَبِّرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ مَاتَ الْمُدَبِّرُ عَتَقَ نَصِيْبُهُ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ ، وَهَلْ يَسْرِي إِلَى نَصِيْبِ شَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فِي كِتَابِ الْعِتْقِ ^(١) . فَإِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكُ نَصِيْبَهُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ وَسَرَى إِلَى نَصِيْبِ الْمُدَبِّرِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ ^(٢) وَجْهَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا . وَالثَّانِي ، لَا يَسْرِي عِتْقُهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ فِي ^(٣) الْمُدَبِّرِ قَدْ اِنْعَقَدَ لَهُ ^(٤) سَبَبُ الْوَلَاءِ عَلَى الْعَبْدِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلْآخِرِ

وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْرِيَ فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي . فَعَلِيَ هَذَا ، يَصِيرُ مُدَبِّرًا أَكْثَلَهُ ، وَيُضْمَنُ حِصَّةَ شَرِيكِهِ بِقِيَمَتِهَا .

(١) انظر ما تقدم في صفحة ٢٩ .

(٢) في الأصل : « فِيهَا » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

إِبْطَالُهُ . وَلَنَا ، حَدِيثُ ابْنِ عَمَرَ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي سِرَايَةِ الْعَتَقِ إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا ^(١) ، وَلَأنَّهُ إِذَا سَرَى إِلَى إِبْطَالِ الْمَلِكِ الَّذِي هُوَ أَكْذَمُ مِنَ الْوَلَاءِ ، فَالْوَلَاءُ أَوَّلَى ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا أَصْلَ لَهُ ، وَيُطْلَبُ بِمَا إِذَا عَلَّقَ عَتَقَ نَصِيبَهُ بِصِفَةٍ ^(٢) .

فصل : إِذَا دَبَّرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَبَقِيَ نَصِيبُ الْآخَرِ عَلَى التَّذْوِيرِ إِنْ لَمْ يَفِرْ ثُلُثُهُ بِقِيَمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَفِي بِهِ ، فَهَلْ يَسْرَى ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ، ذَكَرْنَاهُمَا . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : إِذَا [٢٧/٦ ظ] مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُهُ حُرٌّ . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّ أَحْمَدَ جَعَلَ هَذَا اللَّفْظَ تَذْوِيرًا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِنَصِيبِهِ ، وَمَعْنَاهُ : إِذَا مَاتَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَنَصِيبُهُ حُرٌّ ، فَإِنَّهُ قَابِلُ الْجُمْلَةِ بِالْجُمْلَةِ ، فَيَنْصَرِفُ إِلَى مُقَابَلَةِ الْبَعْضِ بِالْبَعْضِ ؛ كَقَوْلِهِ : رَكِبَ النَّاسُ دَوَابَّهُمْ وَلَبَسُوا ثِيَابَهُمْ وَأَخَذُوا رِمَاحَهُمْ . يُرِيدُ : لَبَسَ كُلُّ إِنْسَانٍ ثَوْبَهُ ، وَرَكِبَ دَابَّتَهُ ، ^(٣) وَأَخَذَ رِمَحَهُ ^(٤) . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : أَعْتَقُوا عِبِيدَهُمْ . كَانَ مَعْنَاهُ : أَعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ عَبْدَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا تَعْلِيلٌ لِلْحُرِّيَةِ بِمَوْتِهِمَا جَمِيعًا ، وَإِنَّمَا قَالَ أَحْمَدُ : يَعْتَقُ نَصِيبُهُ . بِنَاءً

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩ .

(٢) في الأصل : « بنصفه » .

(٣ - ٤) سقط من : م .

الشرح الكبير
على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها . قال شيخنا^(١) : ولا يصح هذا ؛ لأنه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله ؛ لوجود بعض صفة كل واحد^(٢) منهما . وسنبين بطلان^(٣) هذا القول بما نذكر من بعد . ومقتضى قول القاضى أن لا يعتق شيء منه قبل موتها جميعاً .

فإن قال كل واحد منهما : أردت أن العبد حر بعد آخرنا موتاً . أنبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت . وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك . فإن قلنا بجواز^(٤) ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً . وإن قلنا : لا يصح . عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير . وفى سرائته إلى باقيه إن كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان . وإن قال كل واحد منهما : إذا ميت قبل شريكى فنصيبى له ، فإذا مات فهو حر ، وإن ميت بعده ، فنصيبى حر . فقد وصى كل واحد منهما للآخر ، فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر ، فإذا مات ، عتق كله عليه ، وصار ولاؤه له كله ، إن قلنا : لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت . وإن قلنا : يصح . عتق عليهما ، وولاؤه بينهما .

(١) فى : المغنى ١٤/٤١٩ .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « يجوز » .

وإذا أسلم مُدَبِّرُ الْكَافِرِ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، وَتَرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ يُنْفِقُ الْمَقْنَعِ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَمَا فَضَّلَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ أَعْوَزَ فَعَلَيْهِ تَمَامُهُ ، إِلَّا أَنْ يَرْجَعَ فِي التَّذْيِيرِ ، وَنَقُولَ بِصِحَّةِ رُجُوعِهِ ، فَيُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهِ .

الشرح الكبير

٢٩٧٢ - مسألة : (وإذا أسلم مُدَبِّرُ الْكَافِرِ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، وَتَرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَمَا فَضَّلَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ أَعْوَزَ فَعَلَيْهِ تَمَامُهُ ، إِلَّا أَنْ يَرْجَعَ فِي التَّذْيِيرِ ، وَنَقُولَ بِصِحَّةِ رُجُوعِهِ ، فَيُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهِ) وجملة ، أنه إذا أسلم مُدَبِّرُ الْكَافِرِ أَمْرَ بِلِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ ، لَعَلَّا يَنْقَى الْكَافِرُ مَالَهُ الْمُسْلِمِ ، كَغَيْرِ الْمُدَبِّرِ إِذَا قُلْنَا بِجَوَازِ بَيْعِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُتَرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ ، وَيُنْفِقَ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ أُجْبِرَ سَيِّدُهُ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَهَذَا ^(١) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُدَبِّرَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ . وَلَئِنْ فِي بَيْعِهِ إِبْطَالٌ سَبَبِ الْعِتْقِ ، فَكَانَ إِبْقَاؤُهُ أَصْلَحَ ، فَتَعَيَّنَ ^(٢) ، كَأَمِّ الْوَلَدِ . فَإِنْ قُلْنَا بِبَيْعِهِ ، فَبَاعَهُ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : يُتَرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ . فَإِنَّهُ يَسْتَنْبِئُ مَنْ يَتَوَلَّى اسْتِعْمَالَهُ وَاسْتِكْسَابَهُ ^(٣) ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَمَا فَضَّلَ فِلْسَيِّدِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَفِرْ

قوله : وإذا أسلم مُدَبِّرُ الْكَافِرِ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، وَتَرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَمَا فَضَّلَ فِلْسَيِّدِهِ ، وَإِنْ أَعْوَزَ فَعَلَيْهِ تَمَامُهُ ، إِلَّا أَنْ يَرْجَعَ فِي التَّذْيِيرِ ، وَنَقُولَ بِصِحَّةِ رُجُوعِهِ . اعلم أنه إذا أسلم مُدَبِّرُ الْكَافِرِ ، فَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ

(١) فِي م : « بِهِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « اكْسَابِهِ » .

كَسْبُهُ بِنَفَقَتِهِ فَالْبَاقِي عَلَى سَيِّدِهِ . وَإِنْ اتَّفَقَ هُوَ وَسَيِّدُهُ عَلَى الْمُخَارَجَةِ جَازَ ،
وَيُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ مِمَّا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهِ . فَإِذَا مَاتَ سَيِّدُهُ عَتَقَ إِنْ خَرَجَ مِنْ
الثُّلُثِ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَبِيعَ الْبَاقِي عَلَى الْوَرَثَةِ إِنْ كَانُوا كُفَّارًا ،
[٢٨/٦ و] وَإِنْ أَسْلَمُوا بَعْدَ الْمَوْتِ ، تَرَكَ ، فَإِنْ رَجَعَ سَيِّدُهُ فِي تَذْيِيرِهِ ،
وَقُلْنَا : يَصِحُّ^(١) رُجُوعُهُ . بَيْعَ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَبِّرُ مُسْتَأْمِنًا ، فَأَرَادَ
الرُّجُوعَ بِهِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، وَلَمْ يَكُنْ أَسْلَمَ ، لَمْ نَمْنَعْهُ مِنْهُ . وَإِنْ كَانَ قَدْ
أَسْلَمَ ، مُنِعَ ؛ لِأَنَّا نَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَأُولَى أَنْ يُمْنَعَ مِنَ
التَّمَكُّنِ مِنْهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ .

الشرح الكبير

لَا يُلْزَمُ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ إِذَا اسْتَدَامَ تَذْيِيرَهُ ، لَكِنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ ، وَيُتْرَكُ فِي يَدِ عَدْلٍ .
وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ، وَهُوَ اخْتِمَالُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيز » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَدَّمَهُ ابْنُ مُنَجَّى فِي « شَرْحِهِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » .
وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهُ يُلْزَمُ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ ، فَإِنْ أَبَى ، بَيْعَ عَلَيْهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ .
قَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَصَحَّحَهُ
فِي « النَّظْمِ » . وَتَقَدَّمَ فِي آخِرِ كِتَابِ الْبَيْعِ ، إِذَا أَسْلَمَ عَبْدُ الْكَافِرِ الْقَيْنُ ، وَأَحْكَامُهُ .

الإيضاح

فائدة : لَوْ أَسْلَمَ مُكَاتَبُ الْكَافِرِ ، لَزِمَهُ إِزَالَةُ يَدِهِ عَنْهُ ، فَإِنْ أَبَى ، بَيْعَ عَلَيْهِ بِلَا
خِلَافٍ . وَإِنْ أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، لَمْ تُقَرَّ فِي يَدِهِ ، وَجُعِلَتْ عِنْدَ عَدْلٍ يُنْفِقُ عَلَيْهَا مِنْ
كَسْبِهَا ، وَإِنْ أَعْوَزَ ، لَزِمَ السَّيِّدُ تَمَامَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَإِنْ أَسْلَمَ ،

(١) فِي م : « بَصَحَةٌ » .

وَمَنْ أَنْكَرَ التَّدْبِيرَ ، لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ . وَهَلْ يُحْكَمُ
عَلَيْهِ بِشَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ شَاهِدٍ وَيَمِينِ الْعَبْدِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

المقنع

٢٩٧٣ - مسألة : (وَمَنْ أَنْكَرَ التَّدْبِيرَ ، لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ . وَهَلْ يُحْكَمُ بِشَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ شَاهِدٍ وَيَمِينِ الْعَبْدِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إِذَا ادَّعَى الْعَبْدُ عَلَى سَيِّدِهِ أَنَّهُ دَبَّرَهُ ، صَحَّتْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الْعِتْقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ السَيِّدَ إِذَا أَنْكَرَ التَّدْبِيرَ ، كَانَ بِمَنْزِلَةِ إِنْكَارِ الْوَصِيَّةِ ، وَإِنْكَارُ الْوَصِيَّةِ رُجُوعٌ عَنْهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، فَيَكُونُ إِنْكَارُ التَّدْبِيرِ رُجُوعًا عَنْهُ ، وَالرُّجُوعُ عَنْهُ يُبْطِلُهُ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الدَّعْوَى صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ عَنْ

الشرح الكبير

حَلَّتْ لَهُ . وَعَنْهُ ، لَا تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهَا . وَعَنْهُ ، تُسْتَسَعَى فِي قِيمَتِهَا ثُمَّ تَعْتَقُ . وَنَقَلَ مُهْنًا ، تَعْتَقُ بِإِسْلَامِهَا . وَتَأْتِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بَعَيْنِهَا فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي آخِرِ بَابِ أَحْكَامِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، وَكَذَا لَوْ أَسْلَمَتْ مُدَبَّرَتُهُ ، مُسْتَوْفَاةً مُحَرَّرَةً .

الإنصاف

قوله : وَمَنْ أَنْكَرَ التَّدْبِيرَ ، لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، وَهَلْ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِشَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ بِشَاهِدٍ وَيَمِينِ الْعَبْدِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا الزَّرْكَاشِيُّ ، وَ« الْهِدَايَةُ » ، وَ« الْمَذْهَبُ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبُ » ، وَ« الْخُلَاصَةُ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « التَّصْحِيحِ » ، وَالنَّاظِمُ . وَجَزَمَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَ« الْوَجِيزُ » ، وَنَازِمُ « الْمُفْرَدَاتِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَكَذَا الْحُكْمُ فِي الْكِتَابَةِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يُحْكَمُ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ذَكَرْنِ .

التدبير لا يُطِله ، في الصحيح من المذهب . ولو أبطله ، فما ثبت كَوْنُ
الإنكار رجوعاً ، ولو ثبت ذلك ، فلا يتعين الإنكار جواباً للدعوى ؛ فإنه
يجوز أن يُقرَّ . إذا ثبت هذا ، فإن أقرَّ السيد فلا كلام ، وإن أنكر ولم تكن
للعبد بيّنة ، فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لأن الأصل عدمه . فإن كانت
للعبد بيّنة حُكِمَ بها ، ويُقبل فيها شاهدان عدلان ، بغير خلاف . فإن لم
يكن إلا شاهد واحد ، وقال : أنا أحلف معه . أو شاهد وامرأتان ، لم
يُحكم له به ، في إحدى الروايتين . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن الثابت
به الحرية ، وكال الأحكام ، وهذا ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ،
ويطَّلَعُ عليه الرِّجَالُ في غالب الأحوال ، فأشبهه النكاح والطلاق . والثانية ،
يُثْبِتُ بذلك ؛ لأنه لَفْظٌ يَزُولُ به مِلْكُهُ عن مَمْلُوكِهِ ، فأشبهه البيع . وهذا
أجود ؛ لأن البيّنة إنما تُراد لإثبات الحكم على المشهود عليه ، وهو في
حقه إزالة ملكه عن ماله ، فيثبت بهذا . وإن حصل به غرض آخر للمشهود
له ، فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البيّنة . ولأن العتق مما يُتَشَوَّفُ إليه ،
ويُنَبِّئُ على التغليب والسراية ، فينبغي أن يُسهَّلَ طريق إثباته . وإن كان
الاختلاف بين العبد وورثة السيد بعد موته ، فهو كما لو كان الاختلاف^(١)

الإنصاف ويأتي ذلك في أحكام الشهود به . وتقدم في الفوائد ، هل يكون إنكاره رجوعاً
أم لا ؟ فإن قلنا : إته رجوع . لم تُسمع دعواه ولا بيّنته .

(١) في الأصل : « الخلاف » .

مع السيد ، إِلَّا أَنْ الدَّعْوَى صَحِيحَةٌ بغيرِ خِلَافٍ ؛ لَأَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ
الرُّجُوعَ ، وَأَيَّمَانُهُمْ عَلَى نَفْسِ الْعِلْمِ ؛ لَأَنَّ الْخِلَافَ فِي فِعْلِ مَوْرُوئِهِمْ ،
وَأَيَّمَانُهُمْ عَلَى نَفْسِ فِعْلِهِ . وَتَجِبُ الْيَمِينُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ ، وَمَنْ
نَكَلَ مِنْهُمْ عَتَقَ نَصِيئَهُ وَلَمْ يَسْرِ إِلَى بَاقِيهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَقْرَ ؛ لَأَنَّ إِعْتَاقَهُ بِفِعْلِ
الْمَوْرُوثِ ، لَا بِفِعْلِ الْمُقَرِّ وَلَا النَّاكِلِ .

فصل : إِذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ وَمَاتَ ، وَلَهُ مَالٌ سِوَاهُ يَفِي بِثُلُثَيْ مَالِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ
غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ ، لَمْ يَعْتَقْ مِنَ الْمُدَبَّرِ إِلَّا ثُلُثُهُ ؛ لَجَوَازِ أَنْ
يَتَلَفَ الْعَائِبُ ، أَوْ يَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ ، فَيَكُونَ الْعَبْدُ جَمِيعَ التَّرَكَّةِ ،
وَهُوَ شَرِيكُ الْوَرَثَةِ فِيهَا ، لَهُ ثُلُثُهَا وَلَهُمُ ثُلَاثُهَا ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْصُلَ عَلَى
جَمِيعِهَا ، لَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ عَتَقَ ثُلُثِهِ [٢٨/٦ ظ] وَيَبْقَى ثُلَاثُهُ مَوْقُوفًا^(١) ؛ لَأَنَّ
ثُلُثَهُ حُرٌّ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لَأَنَّ أَسْوَأَ^(٢) الْأَحْوَالِ أَنْ لَا يَحْصُلَ مِنْ سَائِرِ الْمَالِ
شَيْءٌ ، فَيَكُونَ الْعَبْدُ جَمِيعَ التَّرَكَّةِ ، فَيَعْتَقَ ثُلُثَهُ ، وَفِي ذَلِكَ خِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ
فِي بَابِ الْمُوَصَّى بِهِ ، فِيمَا إِذَا وَصَّى لَهُ بِمُعَيَّنٍ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سِوَى الْمُعَيَّنِ
إِلَّا مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ ، وَهَذَا مِثْلُهُ فِي اعْتِبَارِهِ مِنَ الثُّلُثِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا
فَإِنَّ الْعَبْدَ إِذَا عَتَقَ كُلَّهُ بِقُدُومِ الْعَائِبِ ، أَوْ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ
حُرًّا حِينَ الْمَوْتِ ، فَيَكُونُ كَسْبِهِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَتَقَ بِالتَّذْيِيرِ وَوُجُودِ الشَّرْطِ
الَّذِي عُلِّقَ عَلَيْهِ السَّيْدُ حُرِّيَّتُهُ ، وَهُوَ الْمَوْتُ ، وَإِنَّمَا أَوْقَفْنَاهُ لِلشَّكِّ فِي خُرُوجِهِ

(١) فِي م : « مَوْقُوفِينَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « اسْتِوَاءٌ » .

مِنِ الثُّلُثِ ، فَإِذَا زَالَ الشُّكُّ تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ حَاصِلًا قَبْلَ زَوَالِ الشُّكِّ . وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ ثُلَاثًا رَقِيْقًا ، وَلَمْ يَعْتَقْ مِنْهُ سِوَى ثُلْثِهِ . وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَالِ رَقٍّ مِنَ الْمُدَبَّرِ مَا زَادَ عَلَى قَدَرِ ثُلْثِ الْحَاصِلِ مِنَ الْمَالِ .

فصل : فَإِنْ دَبَّرَ عَبْدَيْنِ ، وَلَهُ دَيْنٌ يَخْرُجَانِ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ إِذَا حَصَلَ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتَقُ مِمَّنْ تَخْرُجُ لَهُ الْقُرْعَةُ قَدَرُ ثُلْثَيْهِمَا وَكَانَ بَاقِيَهُ وَالْعَبْدُ^(١) الْآخَرُ مَوْقُوفًا ، فَإِذَا اسْتَوْفِيَ مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ ، كُمِّلَ مِنَ عِنْتِ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ قَدَرُ ثُلْثِهِ ، وَمَا فَضَلَ عَنَّا مِنَ الْآخَرِ ، كَذَلِكَ حَتَّى يَعْتِقَا جَمِيعًا أَوْ مِقْدَارُ الثُّلْثِ مِنْهُمَا . فَإِنْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ ، لَمْ يَزِدِ الْعِتْقُ عَلَى مِقْدَارِ ثُلْثَيْهِمَا . فَإِنْ خَرَجَ الَّذِي^(٢) وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ مُسْتَحَقًّا بَطَلَ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخَرِ ثُلْثُهُ .

فصل : إِذَا دَبَّرَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَهُ مِائَةٌ دَيْنًا ، عَتَقَ ثُلْثُهُ وَرَقَّ ثُلْثُهُ ، وَوَقَفَ ثُلْثُهُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الثُّلْثِ^(٣) الْبَاقِي . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ مِائَةٌ حَاضِرَةً مَعَ ذَلِكَ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلَاثًا ، وَوَقَفَ^(٤) عَتَقَ ثُلْثُهُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ .

فصل : وَإِنْ دَبَّرَ عَبْدَهُ ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَهُ ابْنَانِ ، وَلَهُ^(٥) مِائَتَانِ دَيْنًا عَلَى أَحَدِهِمَا ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلَاثًا ؛ لِأَنَّ حِصَّةَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْهُ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « الدين » .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٥) في م : « عتقه » .

(١) كَالْمُسْتَوْفَى ، وَيَسْقُطُ عَنِ الذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْهُ (١) نِصْفُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدَرُ حِصَّتِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ ، وَيَبْقَى لِلْآخَرِ عَلَيْهِ مَائَةٌ ، كَلِمَا اسْتَوْفَى مِنْهَا شَيْئًا عَتَقَ قَدْرُ ثُلُثِهِ . فَإِنْ كَانَتِ الْمَائَتَانِ دَيْنًا عَلَى الْاِثْنَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ عَتَقَ الْمُدَبِّرُ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَقَدْ حَصَلَ لَهُ ذَلِكَ بِسُقُوطِهِ مِنْ دَيْنِهِ .

فصل : إِذَا دَبَّرَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مَائَةٌ ، وَخَلَفَ ابْنَيْنِ وَمَائَتَى دِرْهَمٍ دَيْنًا لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، وَوَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبِّرِ ثُلُثَهُ ، وَسَقَطَ عَنِ الْغَرِيمِ مَائَةٌ ، وَكَانَ لِلْوَصِيِّ سُدُسُ الْعَبْدِ ، وَلِلابْنِ ثُلُثُهُ ، وَيَبْقَى سُدُسُ الْعَبْدِ مَوْقُوفًا ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ الْمَالِ ثُلَاثًا ، وَهُوَ الْعَبْدُ وَالْمَائَةُ السَّاقِطَةُ عَنِ الْغَرِيمِ ، وَثُلُثُ ذَلِكَ مَقْسُومٌ بَيْنَ الْمُدَبِّرِ وَالْوَصِيِّ نِصْفَيْنِ ؛ فَحِصَّةُ الْمُدَبِّرِ مِنْهُ ثُلُثُهُ ، يَعْتَقُ فِي الْحَالِ ، وَيَبْقَى لَهُ (٢) سُدُسٌ مَوْقُوفٌ (٣) ، فَكَلِمَا افْتَضَى مِنَ الْمَائَةِ الْبَاقِيَةِ شَيْءٌ عَتَقَ مِنَ الْمُدَبِّرِ قَدْرُ سُدُسِهِ ، وَيَكُونُ الْمُسْتَوْفَى بَيْنَ الْابْنِ وَالْوَصِيِّ أَثْلَاثًا ، فَإِذَا اسْتَوْفِيَتْ كُلُّهَا حَصَلَ لِلابْنِ ثُلَاثًا وَثُلُثُ الْعَبْدِ [٢٩/٦ و] وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَكُمِّلَ لِلْمُدَبِّرِ عَتَقُ نِصْفِهِ ، وَحَصَلَ لِلْوَصِيِّ ثُلُثُ الْمَائَةِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ . وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ عَلَى أَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَعْتَقُ مِنَ الْمُدَبِّرِ إِلَّا سُدُسُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ التَّرَكَّةِ هُوَ الْعَبْدُ ، وَثُلُثُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَصِيِّ الْآخَرِ ، وَلِلْوَصِيِّ سُدُسُهُ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ سُدُسُهُ ، وَيَبْقَى

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) في م : « سدسه موقوفاً » .

المقنع وَإِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ سَيِّدَهُ بَطَلَ تَذْيِيرُهُ .

الشرح الكبير

ثُلْثُهُ مَوْقُوفًا ، فَكَلَّمَا اقْتَضَى مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ عَتَقَ مِنَ الْمُدَبِّرِ قَدْرُ سُدْسِهِ ، وَكَانَ الْمُسْتَوْفَى بَيْنَ الْإِبْنَيْنِ وَالْوَصِيِّ أَسَدَاسًا ؛ لِلْوَصِيِّ سُدْسُهُ ، وَلَهُمَا خَمْسَةُ أَسَدَاسِهِ ، فَيَحْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ الْمِائَةِ وَثُلُثُهَا وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَيَحْصُلُ لِلْوَصِيِّ (سُدُسُ الْمِائَتَيْنِ وَ) سُدُسُ الْعَبْدِ وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَيَعْتَقُ مِنَ الْمُدَبِّرِ نِصْفَهُ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ .

٢٩٧٤ - مسألة : (وَإِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ سَيِّدَهُ بَطَلَ تَذْيِيرُهُ) (إِنَّمَا بَطَلَ تَذْيِيرُهُ)^(١) لِأَمْرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ قَصَدَ اسْتِعْجَالَ الْعِتْقِ بِالْقَتْلِ الْمُحَرَّمِ ، فَعُوقِبَ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ ، وَهُوَ إِبْطَالُ التَّذْيِيرِ ، كَمَنْعِ الْمِيرَاثِ بِقَتْلِ الْمَوْرُوثِ . وَلِأَنَّ الْعِتْقَ فَائِدَةٌ تَحْصُلُ بِالمَوْتِ ، فَتَنْتَفِي بِالْقَتْلِ ، كَالْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةٌ ، فَيَبْطُلُ بِالْقَتْلِ ، كَالْوَصِيَّةِ بِالمَالِ . وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا عِتْقُ أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لَكَوْنِهَا آكَدَ ، فَإِنَّهَا صَارَتْ

الإنصاف

قوله : وَإِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ سَيِّدَهُ بَطَلَ تَذْيِيرُهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ ؛ مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْمُسْتَوْعَبِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرِّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، فِي بَابِ الْمُوصَى لَهُ . وَقِيلَ : لَا يَبْطُلُ تَذْيِيرُهُ ، فَيَعْتَقُ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي آخِرِ أُمّهَاتِ الْأَوَّلَادِ . وَقَالَ فِي « فَوَائِدِ الْقَوَاعِدِ » : فِيهِ طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، بِنَاؤُهُ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ، إِنْ قُلْنَا : هُوَ

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

بالاستيلاء بحالٍ لا يُمكنُ نقلُ المَلِكِ فيها ، ولذلك لم يَجُزْ يَبْعُها ، ولا هِبْتُها ، ولا رَهْنُها ، ولا الرُّجُوعُ عن ذلك بالقول^(١) ، ولا غيره . والإِزْثُ نَوْعٌ مِنَ النُّقْلِ ، فلو لم تَعْتَقْ^(٢) بِمَوْتِ سَيِّدِها ، اُنْتَقَلَ^(٣) المَلِكُ فيها إلى الوارثِ ، ولا سَبِيلَ إليه ، بِخِلَافِ المُدَبِّرِ ، ولأنَّ سَبَبَ حُرِّيَّةِ أُمِّ الوَلَدِ الفِعْلُ والبَعْضِيَّةُ التي^(٤) حَصَلَتْ بَيْنَها وبينَ سَيِّدِها بِوَاسِطَةِ وَلَدِها ، وهو أَكْثَرُ مِنَ القَوْلِ ، ولهذا نَفَذَ اسْتِيْلَادُ المَجْنُونِ ، ولم يَنْفُذْ إِعْتَاقُهُ وَلَا تَدْبِيرُهُ ، وَسَرَى حُكْمُ اسْتِيْلَادِ المُعْسِرِ إلى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ ، وَعَتَقَتْ مِنْ رَأْسِ المَالِ . والتَّدْبِيرُ لَا يَنْفُذُ^(٥) إِلَّا فِي الثُّلُثِ ، وَلَا يَمْلِكُ الغُرَمَاءُ إِبْطَالَ عِتْقِها وإن كان سَيِّدُها مُفْلِسًا ، بِخِلَافِ المُدَبِّرِ ، وَلَا يَلْزَمُ [مِنْ]^(٦) الحُكْمِ فِي مَوْضِعٍ تَأْكُذُ الحُكْمَ فيما دُونَهُ ، كما لم^(٧) يَلْزَمِ إِحْقَاقُهُ بِهِ فِي

عِتْقُ بَصِفَةٍ . عَتَقَ ، وَإِنْ قُلْنَا : وَصِيَّةٌ . لم يَعْتَقْ . وهى طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ ، وَغَيْرِهِ . الإِنْصَافِ الطَّرِيقَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ . وهى طَرِيقَةُ القَاضِي ؛ لَأَنَّهُ لم يَعْطَقْ عَلَى مَوْتِهِ بِقَتْلِهِ إِيَّاهُ . وقال فِي « الفُرُوعِ » ، فِي بابِ المَوْصِي لَهُ : وَلَوْ قَتَلَ الوَصِيُّ المَوْصِيَّ ، وَلَوْ خَطَأً ، بَطَلَتْ ، وَلَا تَبْطُلُ وَصِيَّتُهُ بَعْدَ جَرْحِهِ . وقال جماعةٌ : فِيهِمَا رَوَايَتَانِ . ومِثْلُهَا التَّدْبِيرُ ، فَإِنْ جُعِلَ عِتْقًا بِصِفَةٍ ، فَوَجْهَانِ . انتهى .

(١) فِي م : « القَوْل » .

(٢ - ٣) فِي الأَصْل : « لَا تَنْقُل » .

(٣) فِي م : « الَّذِي » .

(٤) فِي الأَصْل : « يَنْقُل » .

(٥) زِيَادَةٌ مِنَ المَغْنَى .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

هذه المَوَاضِعِ التي افترقا فيها . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بَيْنَ ^(١) كَوْنِ القتلِ ^(٢) عمداً أو خطأً ، كما لا فَرْقَ بَيْنَ ^(٣) ذلك في جِرْمانِ الإِرتِثِ ، وإِبْطالِ وَصِيَّةِ القَاتِلِ .

الشرح الكبير

فصل : فَأَمَّا سَائِرُ جِنَايَاتِهِ غَيْرَ قَتْلِ سَيِّدِهِ ، فلا تُبْطَلُ تَدْبِيرُهُ ، لكن إن كانت جِنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ أو لِلْقِصَاصِ ، فَعَمَّا الْوَلِيِّ إِلَى الْمَالِ ، تَعَلَّقَ الْمَالُ بِرَقَبَتِهِ ، فَمَنْ جَوَزَ بَيْعَهُ جَعَلَ سَيِّدَهُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَسْلِيمِهِ فَيُباعُ فِي الْجِنَايَةِ وَبَيْنَ فِدَائِهِ ؛ فَإِنْ سَلَّمَهُ فِي الْجِنَايَةِ فَبِيعَ فِيهَا بَطُلَ تَدْبِيرُهُ ، وَإِنْ عَادَ إِلَى سَيِّدِهِ عَادَ تَدْبِيرُهُ . وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ وَفَدَاهُ بِمَا يُفْدَى بِهِ الْعَبْدُ ^(٤) ، فَهُوَ مُدَبَّرٌ بِحَالِهِ . وَمَنْ لَمْ يُجِزْ بَيْعَهُ أَوْ جَبَّ فِدَاءَهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، كَأَمِّ الْوَلَدِ . وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ، فَاقْتَصَّ مِنْهُ فِي النَّفْسِ ، بَطُلَ تَدْبِيرُهُ . وَإِنْ اقْتَصَّ مِنْهُ فِي الطَّرْفِ [٢٩/٦ ظ] فَهُوَ مُدَبَّرٌ بِحَالِهِ . وَإِذَا مَاتَ سَيِّدُهُ بَعْدَ جِنَايَتِهِ وَقَبْلَ اسْتِيفَائِهَا ، عَتَقَ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، سِوَاءِ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ أو لِلْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّ صِفَةَ الْعَتَقِ وَجِدَتْ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاشَرَهُ بِهِ . فَإِنْ كَانَ ^(٥) الْوَاجِبُ قِصَاصًا ، اسْتُوفِيَ ، سِوَاءِ كَانَتْ جِنَايَتُهُ عَلَى عَبْدٍ أو حُرٍّ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ قَدْ اسْتَقَرَّ وَجُوبُهُ عَلَيْهِ فِي حَالِ رَقِّهِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِحُدُوثِ الْحُرِّيَّةِ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ مَالًا فِي رَقَبَتِهِ ، فُدِيَ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ ^(٦) (أو أُرْشِرَ ^(٧))

الإِنصاف

(١ - ١) في م : « كونه » .

(٢) في م : « في » .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(١) جِنَايَتِهِ . وَإِنْ جُنِيَ عَلَى الْمُدَبِّرِ ، فَأَرْشُ الْجِنَايَةِ لِسَيِّدِهِ . فَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَجَبَتْ قِيمَتُهُ^(١) لِسَيِّدِهِ ، وَبَطَلَ التَّدْبِيرُ بِهِلَاكِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا جَعَلْتُمْ قِيمَتَهُ قَائِمَةً مَقَامَهُ ، كَالْعَبْدِ الْمَرْهُونِ وَالْمَوْقُوفِ ؟ قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَقْفِ وَالرَّهْنِ لَازِمٌ ، فَتَعَلَّقَ الْحَقُّ بِبَدَلِهِ ، وَالتَّدْبِيرُ غَيْرُ لَازِمٍ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ إِبْطَالَهُ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَتَعَلَّقِ الْحَقُّ بِبَدَلِهِ . الثَّانِي ، أَنَّ الْحَقَّ فِي التَّدْبِيرِ لِلْمُدَبِّرِ ، فَبَطَلَ حَقُّهُ بَفَوَاتِ مُسْتَحِقِّهِ ، وَالْبَدَلُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْاِسْتِحْقَاقِ ، وَالْحَقُّ فِي الْوَقْفِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَفِي الرَّهْنِ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَهُوَ بَاقٍ ، فَجَبَّتْ حَقُّهُ فِي بَدَلِ مَحَلِّ حَقِّهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ الْمُدَبِّرَ إِنَّمَا ثَبَتَ حَقُّهُ بِوُجُودِ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَإِذَا هَلَكَ قَبْلَ سَيِّدِهِ فَقَدْ هَلَكَ قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ لَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَدَلٌ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ وَالْوَقْفِ ، فَإِنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِيهِمَا ، فَقَامَ بَدْلُهُمَا مَقَامَهُمَا ، وَبَيْنَ الرَّهْنِ وَالْمُدَبِّرِ فَرْقٌ رَابِعٌ ، وَهُوَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْقِيَمَةَ ، وَلَا يُمَكِّنُ وَجُودُ التَّدْبِيرِ فِيهَا ، وَلَا قِيَامُهَا مَقَامَ الْمُدَبِّرِ فِيهِ . وَإِنْ أَخَذَ عَبْدًا مَكَانَهُ ، فَلَيْسَ هُوَ الْبَدَلُ ، إِنَّمَا هُوَ بَدَلُ الْقِيَمَةِ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ؛ فَإِنَّ الْقِيَمَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ رَهْنًا . فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا يُلْزَمُ عَلَيْهِ الْمَوْقُوفُ ، فَإِنَّهُ إِذَا قُتِلَ^(٢) أُخِذَتْ قِيمَتُهُ فَاشْتَرِيَ بِهَا عَبْدٌ يَكُونُ وَقْفًا مَكَانَهُ . قُلْنَا : قَدْ حَصَلَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْمُدَبِّرِ وَالرَّهْنِ مِنَ الْوُجُوهِ الثَّلَاثَةِ ، وَكَوْنُهُ لَا يَحْصُلُ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَقْفِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ ، لَا يَمْنَعُ أَنْ يَحْصَلَ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّهْنِ بِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « قتل » .

وَهِيَ يَبِيعُ الْعَبْدُ نَفْسَهُ بِمَالٍ فِي ذِمَّتِهِ .

بَابُ الْكِتَابَةِ

الْكِتَابَةُ : إِعْتَاقُ السَّيِّدِ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ (فِي ذِمَّتِهِ) يُؤَدِّي مُوَجَّلًا^(١) فِي نُجُومٍ . سُمِّيَتْ كِتَابَةً ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَكْتُبُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ كِتَابًا بِمَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ . وَقِيلَ : سُمِّيَتْ كِتَابَةً مِنَ الْكُتُبِ ، وَهُوَ الضَّمُّ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ يُضَمُّ بَعْضَ النُّجُومِ إِلَى بَعْضٍ ، وَمِنْهُ سُمِّيَ الْخَرْزُ كِتَابًا ؛ لِأَنَّهُ يُضَمُّ أَحَدُ طَرَفَيْهِ إِلَى الْآخَرِ بِخَرْزِهِ . قَالَ الْحَرِيرِيُّ^(٢) :

وَكَاتِبِينَ وَمَا خَطَّتْ أَنَامِلُهُمْ حَرْفًا وَلَا قَرَعُوا مَا خُطَّ فِي الْكُتُبِ
وَقَالَ ذُو الرُّمَّةِ^(٣) :

وَفَرَاءَ غَرْفِيَّةٍ أَثْنَى خَوَارِزُهَا مُشْلِشِلٌ صَيَّعَتْهُ بَيْنَهَا الْكُتُبُ^(٤)

بَابُ الْكِتَابَةِ

قوله : وَهِيَ يَبِيعُ الْعَبْدُ نَفْسَهُ بِمَالٍ فِي ذِمَّتِهِ . زَادَ غَيْرُهُ ، بِعَوَضٍ مَعْلُومٍ مُوَجَّلٍ . وَلَيْسَتْ الْكِتَابَةُ مُخَالَفَةً لِلْأَصْلِ ؛ لِأَنَّ مَحَلَّهَا الذِّمَّةُ .

(١) سقط من : م .

(٢) القاسم بن علي بن محمد البصري ، صاحب المقامات ، ولد سنة ست وأربعين وأربعمائة ، وتوفي سنة ست عشرة وخمسمائة بالبصرة . وفيات الأعيان ٦٣/٤ - ٦٨ .

(٣) في ديوانه : ١١/١ .

(٤) في م : « وفراء عرفة أثنى خوارزها مشلشيل صنعتها بينها الكتب » .

وفراء : واسعة . غَرْفِيَّة : دبغت بالعُرف وهو شجر . أَثْنَى خَوَارِزُهَا : الثأى أن تلتقى الخرزتان فتصيرا واحدة ، والخوارز : جمع خارزة وهي التي تخط المرادة . المشلشيل : الذي يكاد يتصل قطره . الكتب : الخرز .

يَصِفُ قُرْبَةَ يَسِيلُ الْمَاءُ مِنْ بَيْنِ خُرَزِهَا . وَسُمِّيَتِ الْكَتِيْبَةُ كَتِيْبَةً ؛
لِانْضِمَامِ بَعْضِهَا إِلَى بَعْضٍ . وَالْمُكَاتَبُ يَضُمُّ (بَعْضُ نُجُومِهِ) إِلَى
بَعْضٍ . وَالنُّجُومُ هُنَا الْأَوْقَاتُ الْمُخْتَلِفَةُ ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ كَانَتْ لَا تَعْرِفُ
الْحِسَابَ . وَإِنَّمَا تَعْرِفُ الْأَوْقَاتَ بِطُلُوعِ النُّجُومِ ، [٣٠/٦ و] كَمَا قَالَ
بَعْضُهُمْ ^(٢) :

إِذَا سُهِيلٌ أَوَّلَ اللَّيْلِ طَلَعَ

فَابْنُ اللَّبُونِ الْحَقُّ وَالْحَقُّ جَذَعٌ ^(٣)

فُسُمِّيَتِ الْأَوْقَاتُ نُجُومًا . وَالْأَصْلُ فِي الْكِتَابَةِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ
وَالْإِجْمَاعُ . أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ
الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ^(٤) .
وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى سَعِيدٌ ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ نُبَهَانَ
مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « إِذَا كَانَ
لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، ^(٥) وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبِي مِنْهُ » .

(١ - ١) في م : « نجومه بعضها » .

(٢) الرجز غير معزوف في : جمهرة اللغة ٦٢/١ ، تهذيب اللغة ١٢٦/٦ ، الخصاص ١٦/٩ ، اللسان واللسان

(ح ق ق) .

(٣) في الأصل : « الجذع » .

الحق من أولاد الإبل : الذي بلغ أن يركب ويحمل عليه ويضرب الناقة . والبعر يجذع لاستكمال أربعة أعوام ودخوله في

السنة الخامسة ، وهو قبل ذلك حق .

(٤) سورة النور ٣٣ .

(٥ - ٥) في الأصل : « فملك » .

وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ لِمَنْ يُعْلَمُ فِيهِ خَيْرٌ ، وَهُوَ الْكَسْبُ وَالْأَمَانَةُ . وَعَنْهُ ، ^{المقنع} أَنَّهَا وَاجِبَةٌ ، إِذَا ابْتَعَاهَا مِنْ سَيِّدِهِ أُجْبِرَ عَلَيْهَا .

الشرح الكبير

رواه (١) أحمد ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه ، والترمذي (٢) ، وقال : حسنٌ صحيحٌ . وروى سهل (٣) بن حنيف ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « مَنْ أَعَانَ غَارِمًا أَوْ غَازِيًا أَوْ مُكَاتَبًا فِي كِتَابَتِهِ ، أَظَلَّهُ اللَّهُ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ » (٤) . في أحاديث كثيرةٍ سواهما . وأجمعت الأمة على مشروعية الكِتَابَةِ .

٢٩٧٥ - مسألة : (وهي مُسْتَحَبَّةٌ لِمَنْ يُعْلَمُ فِيهِ خَيْرٌ ، وهو الْكَسْبُ وَالْأَمَانَةُ . وعنه ، أَنَّهَا وَاجِبَةٌ إِذَا ابْتَعَاهَا مِنْ سَيِّدِهِ أُجْبِرَ عَلَيْهَا) إِذَا سَأَلَ الْعَبْدُ سَيِّدَهُ مُكَاتَبَتَهُ ، اسْتَحَبَّ لَهُ إِجَابَتُهُ إِذَا عِلِمَ فِيهِ خَيْرًا . ولم يَجِبْ ذَلِكَ ، في ظاهرِ المذهب . وهو قولُ عامةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم الحسن ، والشَّعْبِيُّ ، ومالك ، والثَّوْرِيُّ ، والشافعي ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وعن أحمد ، أَنَّهَا

قوله : وهي مُسْتَحَبَّةٌ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال المصنّف ، والشارحُ : هذا ظاهرُ المذهبِ . وجرّم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الكافي » ، و « المُعْنَى » ، والشارحُ ،

(١ - ١) في م : « رواه أبو داود وابن ماجه » .

والحديث تقدم تخريجه في ٣٨٠/١٨ ولم يعز هناك إلى النسائي، وأخرجه النسائي ، في : باب ذكر المكاتب يكون عنده ما يؤدى ، من كتاب العتق ، وفي : باب دخول العبد على سيده ونظره إليها ، من كتاب عشرة النساء .

السنن الكبرى ٣/١٩٧ ، ١٩٨ ، ٣٨٩/٥ .

(٢) في الأصل : « سهيل » .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣/٤٨٧ .

وَاجِبَةٌ إِذَا دَعَى الْعَبْدُ الْمُكْتَسِبُ الصَّدُوقَ^(١) سَيِّدَهُ إِلَيْهَا . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالضُّحَاكِ ، وَعَمْرٍو بْنِ دِينَارٍ ، وَدَاوُدَ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : أَخْشَى أَنْ يَأْتِمَ إِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا . وَوَجْهُ ذَلِكَ ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ . وَظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ . وَرُويَ أَنَّ^(٢) سِيرِينَ أَبَا مُحَمَّدٍ بْنِ سِيرِينَ كَانَ عَبْدًا لَأَنْسِ بْنِ مَالِكٍ ، فَسَأَلَهُ أَنْ يُكَاتِبَهُ ، فَأَبَى ، فَأَخْبَرَ سِيرِينَ عَمْرَ بْنَ الْخَطَّابِ بِذَلِكَ ، فَرَفَعَ الدَّرَّةَ عَلَى أَنْسٍ ، وَقَرَأَ عَلَيْهِ : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ .

الشرح الكبير

و « الْمُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرَّعَايَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفَائِقِ » ، و « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، وَاجِبَةٌ ، إِذَا ابْتِغَاهَا مِنْ سَيِّدِهِ [١٤٦/٣] أَجْبَرَ عَلَيْهَا بِقِيَمَتِهِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « تَفْسِيرِهِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : وَهُوَ مُتَّجَةٌ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَعَلَى قِيَاسِهِ وَجُوبُ الْعِتْقِ فِي قَوْلِهِ : أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنْكَ ، وَعَلَى ثَمَنِهِ . وَقَدَّمَ فِي « الرُّوَضَةِ » أَنَّهَا مُبَاحَةٌ .

الإنصاف

فائدة : لَا تَصِحُّ كِتَابَةُ الْمَرْهُونِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : قُلْتُ : تَجُوزُ كَعْتَقُهُ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَتَجُوزُ كِتَابَةُ الْمُسْتَأْجَرِ .

قوله : لَمَنْ يَعْلَمُ فِيهِ خَيْرًا ؛ وَهُوَ الْكَسْبُ وَالْأَمَانَةُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ،

(١) سقط من: م .

(٢) في الأصل : « ابن » .

فَكَاتَبَهُ أَنَسٌ^(١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِعْتَاقٌ بِعَوَضٍ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ ، كَالِاسْتِسْعَاءِ . وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى النَّذْبِ ، وَقَوْلُ عُمَرَ يُخَالِفُهُ فَعَلُ أَنَسٍ . قَالَ أَحْمَدُ : الْخَيْرُ : صِدْقٌ وَصَلَاحٌ وَوَفَاءٌ بِمَا لِكِتَابَةِ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ إِبْرَاهِيمُ ، وَعُمَرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَغَيْرُهُمَا ، وَعِبَارَاتُهُمْ^(٢) فِي ذَلِكَ مُخْتَلِفَةٌ . وَقِيلَ : قُوَّةٌ عَلَى الْكَسْبِ وَالْأَمَانَةِ . قَالَ^(٣) الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : غِنَى وَإِعْطَاءُ الْمَالِ . وَقَالَ مُجَاهِدٌ : غِنَى وَأَدَاءٌ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ : صِدْقٌ وَوَفَاءٌ . فَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ فِي أَنَّ مَنْ لَا خَيْرَ فِيهِ لَا تَجِبُ إِجَابَتُهُ .

و « الشَّرْح » ، و « النَّظْم » ، و « الْفُرُوع » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « إِذْرَاكِ الْغَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ : الْمُكْتَسِبُ الصَّدُوقُ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفَائِقِ » : وَتُسْتَحَبُّ مَعَ كَسْبِ الْعَبْدِ وَأَمَانَتِهِ وَصِدْقِهِ . وَقَالَ فِي « الْوَاضِحِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « التَّبَصُّرَةِ » : وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ مَعَ كَسْبِ الْعَبْدِ فَقَطْ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، فِي كِتَابِ الْعِتْقِ ، فَاسْقَطُوا الْأَمَانَةَ .

(١) ذكره البخاري معلقا بصيغة الجزم ، في : باب إثم من قذف مملوكه ، من كتاب المكاتب . صحيح البخاري ١٩٨/٣ . وأخرجه البيهقي ، في : باب من قال : يجب على الرجل مكاتبته من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣١٩/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧١/٨ ، ٣٧٢ .

(٢) في م : « عبارتهم » .

(٣) في م : « قال » .

المقنع وهل تُكرهُ كِتَابَةٌ مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٩٧٦ - مسألة : (وهل تُكرهُ كِتَابَةٌ مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) قال القاضي : ظاهرُ كلامِ أحمدَ كَرَاهَتُهُ . وكان ابنُ عمرَ يَكْرَهُهُ^(١) . وهو قولُ مسروقٍ ، والأوزاعيُّ . وعن أحمدَ ، أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ . ولم يَكْرَهُهُ الشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وطائفةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّ جُوَيْرِيَةَ بِنْتَ الْحَارِثِ ، كَاتَبَتْ ثَابِتُ بْنُ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ تَسْتَعِينُهُ فِي كِتَابَتِهَا ، فَأَدَّى عَنْهَا كِتَابَتَهَا وَتَزَوَّجَهَا^(٢) . [٣٠/٦ ظ] واحتجَّ ابنُ المُنْذِرِ بِأَنَّ بَرِيرَةَ كَاتَبَتْ وَلَا حِرْفَةَ لَهَا ، فَلَمْ يُنْكَرْ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ^(٣) . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ مَا ذَكَرْنَا فِي عِتْقِهِ^(٤) . قَالَ شَيْخُنَا^(٥) : وَيَنْبَغِي أَنْ يُنْظَرَ فِي الْمَكَاتِبِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَضَرَّرُ بِالْكِتَابَةِ وَيَضِيعُ ؛ لِعَجْزِهِ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَا يَجِدُ مَنْ يُنْفِقُ عَلَيْهِ ، كُرِهَتْ

الإنصاف

قوله : وهل تُكرهُ كِتَابَةٌ مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُكْرَهُ كِتَابَتُهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ،

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في تفسير قوله تعالى ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣١٨/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧٤/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يكتب عبده ... ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٢٣/٧ .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٧٧/٦ .

(٣) حديث بريرة تقدم ترجمته في ٢٣٤/١١ ، ٢٣٥ .

(٤) تقدم الكلام عليه في صفحة ٧ .

(٥) في : المغني ٤٤٣/١٤ .

كِتَابَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ يَجِدُ مَنْ يَكْفِيهِ مُؤَنَّتَهُ لَمْ تُكْرَهُ كِتَابَتُهُ ؛ لِحُصُولِ النَّفْعِ بِالْحُرِّيَّةِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ . فَأَمَّا جُورِيَّةُ^(١) فَإِنَّهَا كَانَتْ ذَاتَ أَهْلٍ ، وَكَانَتْ ابْنَةَ سَيِّدِ قَوْمِهِ ، فَإِذَا عَتَقَتْ رَجَعَتْ إِلَى أَهْلِهَا ، فَأَخْلَفَ اللَّهُ لَهَا خَيْرًا مِنْ أَهْلِهَا ، فَتَزَوَّجَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وَصَارَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ ، وَأَعْتَقَ النَّاسُ مَا^(٢) كَانَ بِأَيْدِيهِمْ مِنْ قَوْمِهَا حِينَ بَلَغَهُمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ تَزَوَّجَهَا ، وَقَالُوا : أَصْهَارُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَلَمْ يُرْ أَمْرًا أَعْظَمَ بَرَكَهً عَلَى قَوْمِهَا مِنْهَا . وَأَمَّا بَرِيرَةُ ، فَإِنَّ كِتَابَتَهَا تَذُلُّ عَلَى إِبَاحَةِ ذَلِكَ وَأَنَّهُ لَيْسَ بِمُنْكَرٍ ، وَلَا خِلَافَ فِيهِ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي كَرَاهَتِهِ . قَالَ مَسْرُوقٌ : إِذَا سَأَلَ الْعَبْدُ مَوْلَاهُ الْمُكَاتَبَةَ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَكْسَبَةٌ أَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ فَلْيُكَاتِبْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ وَلَا مَكْسَبَةٌ ، فَلْيُحْسِنْ مَلَكَتَهُ ، وَلَا يُكَلِّفْهُ إِلَّا طَاقَتَهُ .

رَحِمَهُ اللَّهُ ، الْكَرَاهَةُ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكِيرَتِهِ » . وَصَحَّحَهُ فِي الْإِنْصَافِ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا تُكْرَهُ . فَتُسْتَحَبُّ . لَكِنْ قَالَ فِي « الْكَافِي » : لَوْ دَعَا مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ سَيِّدَهُ إِلَى الْكِتَابَةِ ، لَمْ يُجْبَرْ . رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَيَنْبَغِي أَنْ يُنْظَرَ فِي الْمُكَاتَبِ ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَضَرَّرُ بِالْكِتَابَةِ وَيَضِيعُ ؛ لَعَجْزِهِ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَا يَجِدُ مَنْ يَنْفِقَ عَلَيْهِ ، كُرِهَتْ كِتَابَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ يَجِدُ مَنْ يَكْفِيهِ مُؤَنَّتَهُ ، لَمْ تُكْرَهُ كِتَابَتُهُ . وَعَنْهُ ، تُكْرَهُ كِتَابَةُ الْأُنْثَى .

(١) فِي م : « جَوِيرَةٌ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مِمَّا » .

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ .

وَإِنْ كَاتَبَ الْمُمَيِّزُ عَبْدَهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، صَحَّ . وَيَحْتَمِلُ إِلَّا يَصِحَّ .

٢٩٧٧ - مسألة : (وَلَا تَصِحُّ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ) فَأَمَّا الْمَجْنُونُ وَالطُّفْلُ ، فَلَا تَصِحُّ مُكَاتَبَتُهُمَا لِرَقِيقِهِمَا ، وَلَا مُكَاتَبَةُ سَيِّدِهِمَا لِهَمَا ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ نَقْلُ الْمِلْكِ بِعَوَضٍ ، فَلَا تَصِحُّ مِنْهُمَا ^(١) ، كَالْبَيْعِ .

٢٩٧٨ - مسألة : (وَإِنْ كَاتَبَ الْمُمَيِّزُ عَبْدَهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، صَحَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ) بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ . وَلِأَنَّهُ عَقْدُ إِعْتَاقٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنْهُ ، كَالْعَتَقِ بِغَيْرِ مَالٍ . وَلَا يَصِحُّ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ بِحَالٍ .

فائدة : تَقَدَّمَ فِي بَابِ الْحَجْرِ صِحَّةُ كِتَابَةِ الْوَلِيِّ رَقِيقَ الْمُؤَلَّى عَلَيْهِ . وَالْكِتَابَةُ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ وَمَنْ تَبِعَهُ : فِي الْمَرَضِ مِنَ الثُّلُثِ . وَلَوْ كَاتَبَهُ فِي الصَّحَّةِ وَأَسْقَطَ دَيْنَهُ ، أَوْ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ ، اُعْتَبِرَ خُرُوجُ الْأَقْلُ مِنْ رَقَبَتِهِ أَوْ دَيْنُهُ مِنَ الثُّلُثِ . وَلَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِ أَوْ أَبْرَأَهُ مِنَ الدَّيْنِ ، اُعْتَبِرَ أَقْلُهُمَا مِنْ ثُلُثِهِ . وَلَوْ حَمَلَ الثُّلُثُ بَعْضَهُ عَتَقَ ، وَبَاقِيَهُ عَلَى الْكِتَابَةِ . وَلَوْ أَقَرَّ فِي الْمَرَضِ بِقَبْضِ النُّجُومِ سَلَفًا ، جَازَ .

قوله : وَإِنْ كَاتَبَ الْمُمَيِّزُ عَبْدَهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، صَحَّ . صِحَّةُ كِتَابَةِ الْمُمَيِّزِ لِعَبْدِهِ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى صِحَّةِ بَيْعِهِ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَالصَّحِيحُ صِحَّةُ بَيْعِهِ ، فَكَذَا كِتَابَتُهُ .

(١) فِي م : « مِنْهَا » .

الشرح الكبير

٢٩٧٩ - مسألة : (وَإِنْ كَاتَبَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمُمَيِّزَ ، صَحَّ) وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لَا يَصِحُّ (فِيهِمَا جَمِيعًا^(١)) بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُكَلَّفٍ ، أَشْبَهَ الْمَجْنُونِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ وَيَبْعُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، فَصَحَّتْ مِنْهُ الْكِتَابَةُ بِذَلِكَ ، كَالْمُكَلَّفِ . وَدَلِيلُ صِحَّةِ تَصَرُّفِهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ إِلَى الْإِسْلَامِ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾^(٢) . وَالْإِتْلَاءُ : الْإِخْتِبَارُ لَهُ بِتَفْوِيزِ التَّصَرُّفِ إِلَيْهِ ؛ لِيُعْلَمَ هَلْ يَقَعُ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ الْمَصْلَحَةِ أَوْ لَا ، وَهَلْ يُعْبَنُ فِي بَيْعِهِ وَشِرَائِهِ أَوْ لَا . وَإِجَابُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ الْمُمَيِّزِ الْمُكَاتَبَةِ إِذْنٌ لَهُ فِي قَبُولِهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ الْمُكَاتَبُ طِفْلًا أَوْ مَجْنُونًا ، فَلَا حُكْمَ لِتَصَرُّفِهِ وَلَا قَوْلِهِ .

وقوله : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ . هَذَا الْإِحْتِمَالُ لِأَيِّ الْخَطَابِ ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَقَدْ مَه فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي هَذَا الْبَابِ . وَقِيلَ : تَصِحُّ كِتَابَتُهُ بغيرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ . وَفِي « الْمُوجِزِ » ، وَ « التَّبَصُّرَةِ » : تَصِحُّ مِنْ ابْنِ عَشْرِ .

قوله : وَإِنْ كَاتَبَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمُمَيِّزَ ، صَحَّ . بِلَا نِزَاعٍ . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يُكَاتَبَ غَيْرَ الْمُمَيِّزِ ، وَلَا الْمَجْنُونُ ، وَلَوْ فَعَلَ ، لَمْ يَصِحَّ . وَلَا يُعْتَقَانِ بِالْأَدَاءِ ، بَلْ يَتَعَلَّقُ الْعِتْقُ بِهِ إِنْ كَانَ التَّغْلِيْقُ صَرِيحًا ، وَإِلَّا فَوُجْهَانِ فِي الْعِتْقِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَعْتَقُ بِتَغْلِيْقِ الْعِتْقِ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَتَضَمَّنُ

(١-١) فِي م : « فِيهِمَا جَمِيعًا » .

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ٦ .

وإن كَاتَبَ الْمُكَلَّفُ عَبْدَهُ الْطِفْلَ^(١) أَوِ الْمَجْنُونَ ، لَمْ يَثْبُتْ لِهَذَا التَّصَرُّفِ حُكْمُ الْمُكَاتَبَةِ الصَّحِيحَةِ وَلَا الْفَاسِدَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُكْمَ لِقَوْلِهِمَا ، لَكِنْ إِنْ قَالَ : إِنْ أُدِّيْتُمَا إِلَيَّ فَأَنْتُمَا حُرَّانِ . فَأَدْيَا ، عَتَقَا بِالصِّفَةِ لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَمَا فِي أَيْدِيهِمَا لِسَيِّدِهِمَا ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ لَمْ يُعْتَقَا . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعْتَقَانِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَتَضَمَّنُ مَعْنَى الصِّفَةِ ، فَيَحْصُلُ الْعِتْقُ هَهُنَا بِالصِّفَةِ الْمَحْضَةِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ أُدِّيْتَ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ بِصِفَةٍ صَرِيحًا وَلَا [٣١/٦] مَعْنَى ، وَإِنَّمَا هُوَ عَقْدٌ بَاطِلٌ ، فَأُشْبِهَ الْبَيْعَ الْبَاطِلَ .

فصل : إِذَا كَاتَبَ الذَّمِّيُّ عَبْدَهُ ثُمَّ أَسْلَمَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ أَوْ عِتْقٌ بِصِفَةٍ^(٢) ، وَكِلَاهُمَا يَصِحُّ مِنْهُ . فَإِذَا تَرَفَعَا إِلَى الْحَاكِمِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ ، نَظَرَ فِي الْعَقْدِ ؛ فَإِنْ كَانَ مُوَافِقًا لِلشَّرْعِ أَمْضَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ كِتَابَتُهُ فَاسِدَةً ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ الْعَوْضُ خَمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ مِنْ أَنْوَاعِ الْفُسَادِ ، فَفِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ قَدْ تَقَابَضَا حَالَ الْكُفْرِ ،

مَعْنَى الصِّفَةِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَالثَّانِي ، لَا يُعْتَقُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْفَائِقِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : وَالْمَذْهَبُ ، لَا يُعْتَقُ بِالْأَدَاءِ ، خِلَافًا لِمَا قَالَ الْقَاضِي .

(١) فِي م : « الْمَكْلَف » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « نَصْفَهُ » .

فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصلًا ؛ لأن ما تم في حال الكفر لا ينقضه الحاكم ، ويحكم بالعتق ، سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده . الثانية ، تقابضا بعد الإسلام ، ثم ترافعا إلى الحاكم ، فإنه يعتق أيضًا^(١) ؛ لأن هذه كتابة فاسدة ، ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الإسلام ، على ما سذكروه ، إن شاء الله تعالى . الثالثة ، ترافعا قبل قبض العوض الفاسد ، أو قبض بعضه ، فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة ويطلبها ؛ لأنها كتابة فاسدة لم يتصل^(٢) بها قبض تنبرم به . ولا فرق بين إسلامهما أو إسلام أحدهما فيما ذكرناه من التغليب بحكم الإسلام . وقال أبو حنيفة : إذا كاتبه على خمر ثم أسلما لم يفسد العقد ، ويؤدى قيمة الخمر ؛ لأن الكتابة كالنكاح ، ولو مهرها خمرًا ثم أسلما لم يفسد العقد ، ويطلب الخمر . ولنا ، أن هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسدًا ، فإذا أسلما قبل التقابض ، أو أحدهما ، حكم بفساده ، كالبيع الفاسد . ويفارق النكاح ، فإنه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحًا . وإن أسلم مكاتب الذمى لم تنفسخ الكتابة ؛ لأنها وقعت صحيحة ، ولا يجبر على إزالة ملكه ؛ لأنه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه ، فإن^(٣) عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ . فإن اشترى مسلمًا فكاتبه ، لم تصح الكتابة ؛

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « يطل » .

(٣) في الأصل : « فإنه » .

لأنَّ الشَّرَاءَ باطلٌ لم يثبت له به مِلْكٌ . وإنَّ أسْلَمَ عبْدُه فكاتبُه بعدَ إسلامِه ، لم تصحَّ كتابتُه^(١) ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ لا تُزِيلُ المِلْكَ . وقال القاضي : له ذلك . وقد ذكّرناه^(٢) في كتابِ البَيْعِ^(٣) ، فإنَّ عَجَزَ عادِ رَقِيقًا قَتْنَا ، وأُجْبِرَ على إزالَةِ مِلْكِه عنه .

فصل : وتصحَّ كِتَابَةُ الحَرْبِيِّ عبْدَه في دارِ الحربِ وفي دارِ الإسلامِ . وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةٌ : لا تصحُّ ؛ لأنَّ مِلْكَه ناقصٌ . وحكى عن مالكٍ ، أنَّه لا يملكُ ذلك ، بدليل أنَّ "المسلمَ يملكُه"^(٤) عليه . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَأَوْزَرَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدَيْرَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ ﴾^(٥) . وهذه الإضافةُ إليهم تقتضي صِحَّةَ أملاكهم ، فتقتضي صِحَّةَ تصرُّفاتهم . إذا ثبتَ هذا ، فإذا كاتبَ عبْدَه فدخلَا مُستأْمِنَيْنِ إلينا ، لم يتعرَّضَ الحَاكِمُ لهما . وإنَّ ترافعا إليه نظرَ بينهما ؛ فإنَّ كانت كِتَابَتُهُمَا صَحِيحَةً ألزَمَهُمَا حُكْمُهَا ، وإنَّ كانت فاسِدةً بَيَّنَّ لهما فسادُها . وإنَّ جاءا وقد قَهَرَ أَحَدُهُمَا صاحِبَه بَطَلَتِ الكِتَابَةُ ؛ لأنَّ العبدَ إنَّ قَهَرَ سيده مِلْكَه ، فبَطَلَتِ كِتَابَتُه ؛ لخُرُوجِه عن مِلْكِ سيده^(٥) . وإنَّ قَهَرَ السيّدُ على إبطالِ الكِتَابَةِ ورَدَّه رَقِيقًا ، [٣١/٦ ظ] بَطَلَتْ ؛ لأنَّ دارَ الكُفْرِ دارُ قَهَرٍ وإباحَةٍ ، ولهذا لو قَهَرَ حُرٌّ حُرًّا

(١) بعده في المغنى ٤٤٦/١٤ : « لأنه يلزمه إزالة ملكه عنه » .

(٢-٢) سقط من : الأصل .

(٣-٣) في م : « للمسلم ملكه » .

(٤) سورة الأحزاب ٢٧ .

(٥) سقط من : الأصل .

على نفسه ملكه . وإن دَخَلَ مِنْ غَيْرِ قَهْرٍ ، فَقَهَرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فِي دَارِ
الإسلام ، لم تَبْطُلِ الْكِتَابَةُ وَكَانَا عَلَى مَا كَانَا عَلَيْهِ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ
دَارُ حَظَرٍ ، لَا يُؤْثَرُ فِيهَا الْقَهْرُ إِلَّا بِالْحَقِّ . وَإِنْ دَخَلَ مُسْتَأْمِنٌ ثُمَّ أَرَادَا
الرُّجُوعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ^(١) ، لم يُمْنَعَا . وَإِنْ أَرَادَ السَّيِّدُ الرُّجُوعَ وَأَخَذَ
الْمُكَاتَبَ مَعَهُ ، فَأَبَى الْمُكَاتَبُ الرُّجُوعَ مَعَهُ ، لم يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ بِالْكِتَابَةِ زَالَ
سُلْطَانُهُ ، وَإِنَّمَا لَهُ فِي ذِمَّتِهِ حَقٌّ ، وَمَنْ لَهُ ذِمَّةٌ فِي ذِمَّةٍ غَيْرِهِ لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ
عَلَى السَّفَرِ مَعَهُ لِأَجْلِهِ . وَيُقَالُ لِلْسَّيِّدِ : إِنْ أَرَدْتَ الْإِقَامَةَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ
لَتَسْتَوْفِيَ^(٢) مَالَ الْكِتَابَةِ فَاعْقِدِ الذِّمَّةَ وَأَقِمْ ، إِنْ كَانَتْ مُدَّتُهَا طَوِيلَةً ، وَإِنْ
أَرَدْتَ تَوَكِيلَ مَنْ يَقْبِضُ لَكَ نَجُومَ الْكِتَابَةِ فافْعَلْ . فَإِذَا أَدَّى نَجُومَ الْكِتَابَةِ
عَتَقَ ، وَهُوَ مُخَيَّرٌ ؛ إِنْ أَحَبَّ الْمَقَامَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ عَقَدَ عَلَى نَفْسِهِ الذِّمَّةَ ،
وَإِنْ أَحَبَّ الرُّجُوعَ لم يُمْنَعْ . وَإِنْ عَجَزَ وَفَسَخَ السَّيِّدُ كِتَابَتَهُ عَادَ رَقِيقًا ،
وَيُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهِ ، وَالْأَمَانُ لَهُ^(٣) بَاقٍ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ ، وَسَيِّدُهُ عَقَدَ
الْأَمَانَ لِنَفْسِهِ وَمَالِهِ ، فَإِذَا انْتَقَضَ الْأَمَانُ فِي نَفْسِهِ بَعُودِهِ لم يَنْتَقِضْ فِي مَالِهِ .
وَإِنْ كَاتَبَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَهَرَبَ وَدَخَلَ إِلَيْنَا ، بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ
زَالَ بِقَهْرِهِ عَلَى نَفْسِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَهَرَهُ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ مَالِهِ . وَسَوَاءٌ جَاءَنَا
مُسْلِمًا أَوْ غَيْرَ مُسْلِمٍ . وَإِنْ جَاءَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فَالْكِتَابَةُ بِحَالِهَا ؛ لِأَنَّهُ لم يَقْهَرْ

(١) فِي م : « الْحَرَاب » .

(٢) فِي الْأَصْل : « لَيْسَتْ فِي » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

سيده ، فإذا دَخَلَ إلَيْنَا بِأَمَانٍ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ثُمَّ سَبَى الْمُسْلِمُونَ سَيِّدَهُ وَقُتِلَ ،
 انْتَقَلَتِ الْكِتَابَةُ إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ ، وَإِنْ مَنَّ عَلَيْهِ الْإِمَامُ أَوْ
 فَادَاهُ أَوْ هَرَبَ ، فَالْكِتَابَةُ بِحَالِهَا . وَإِنْ اسْتَرْقَّه الْإِمَامُ ، فَالْمُكَاتَبُ مَوْقُوفٌ ،
^(١) إِنْ عَتَقَ السَّيِّدُ فَالْكِتَابَةُ بِحَالِهَا ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ فَالْمُكَاتَبُ لِلْمُسْلِمِينَ ،
 مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَعْتَقُ^(٢) بِالْأَدَاءِ إِلَيْهِمْ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُمْ ، وَإِنْ
 عَجَزَ فَهُوَ رَقِيقٌ لَهُمْ . فَإِنْ أَرَادَ الْمُكَاتَبُ الْأَدَاءَ قَبْلَ عِتْقِ سَيِّدِهِ وَمَوْتِهِ ،
 أَذَى إِلَى الْحَاكِمِ أَوْ إِلَى أَمِينِهِ ، وَكَانَ الْمَالُ الْمَقْبُوضُ مَوْقُوفًا ، عَلَى مَا
 ذَكَرْنَاهُ ، وَيَعْتَقُ الْمُكَاتَبُ بِالْأَدَاءِ ، وَسَيِّدُهُ رَقِيقٌ ، لَا يَثْبُتُ لَهُ وَلَاؤُهُ . قَالَ
 أَبُو بَكْرٍ : يَكُونُ الْوَلَاءُ لِلْمُسْلِمِينَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَكُونُ مَوْقُوفًا ، فَإِنْ
 عَتَقَ سَيِّدُهُ فَهُوَ لَهُ ، وَإِنْ مَاتَ رَقِيقًا فَهُوَ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَإِنْ كَانَ اسْتِرْقَاقُ
 سَيِّدِهِ بَعْدَ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ وَثُبُوتِ الْوَلَاءِ عَلَيْهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَكُونُ وَلَاؤُهُ
 مَوْقُوفًا ، فَإِنْ عَتَقَ السَّيِّدُ كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ مَاتَ عَلَى رِقِّهِ بَطَلَ
 الْوَلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ رَقِيقٌ لَا يُوْرَثُ ، فَبَطَلَ الْوَلَاءُ ؛ لِعَدَمِ مُسْتَحَقِّهِ . وَيَنْبَغِي أَنْ
 يَكُونَ لِلْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّ مَالَ مَنْ لَا وَاْرَثَ لَهُ لِلْمُسْلِمِينَ ، فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ .
 وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ كَاتَبَ الْمُرْتَدُّ عَبْدَهُ ، فَعَلِيَ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، الْكِتَابَةُ بَاطِلَةٌ ؛
 لِأَنَّ مِلْكَهُ زَالٍ بِرِدَّتِهِ . وَعَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، كِتَابَتُهُ مَوْقُوفَةٌ ؛ إِنْ أَسْلَمَ^(٣)

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل .

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ . وَتَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ : كَاتِبْتُكَ عَلَى كَذَا .
المنع

الشرح الكبير
تَبَيَّنَا أَنَّهَا كَانَتْ صَحِيحَةً ، وَإِنْ مَاتَ عَلَى رِدِّهِ أَوْ قُتِلَ بَطَلَتْ . وَإِنْ أَدَّى
فِي رِدِّهِ لَمْ يُحَكِّمْ بَعْتِيقَهُ وَيَكُونُ مَوْقُوفًا ، فَإِنْ أَسْلَمَ سَيِّدُهُ تَبَيَّنَا [٣٢/٦ و]
صِحَّةَ الدَّفْعِ إِلَيْهِ وَعَتَّقَهُ ، وَإِنْ مَاتَ عَلَى رِدِّهِ أَوْ قُتِلَ فَهُوَ بَاطِلٌ وَالْعَبْدُ رَقِيقٌ .
وَإِنْ كَاتَبَهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ثُمَّ ^(١) ارْتَدَّ وَحُجِرَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ،
وَيُؤَدَّى إِلَى الْحَاكِمِ ، وَيَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَى الْمُرْتَدِّ ، كَانَ مَوْقُوفًا ،
كَأَذْكُرْنَا . وَإِنْ كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ الْمُرْتَدَّ صَحَّتْ كِتَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ ،
فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ ، وَإِنْ أَسْلَمَ فَهُوَ عَلَى كِتَابَتِهِ .

فصل : وكتابة المريض صحيحة ، فَإِنْ كَانَ مَرَضُ الْمَوْتِ الْمَخُوفُ
اعْتَبِرَ مِنَ الثَّلْثِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَالَهُ بِمَالِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى الْهَبَةِ . وَلِذَلِكَ ثَبَتَ
الْوَلَاءُ عَلَى الْمُكَاتَبِ ؛ لَكُونِهِ مُعْتَقًا . فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلْثِ كَانَتْ الْكِتَابَةُ
لَازِمَةً ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلْثِ ، لَزِمَتْ فِي قَدْرِ الثَّلْثِ ، وَبَاقِيهِ مَوْقُوفٌ
عَلَى إِجَازَةِ الْوَارِثِ ^(٢) ، تَصِحُّ بِإِجَازَتِهِ وَتَبْطُلُ بَرَدِّهِ . وَهَذَا قَوْلُ
الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » : تَجُوزُ الْكِتَابَةُ مِنْ
رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

٢٩٨٠ - مسألة : (وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ . وَتَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ : كَاتِبْتُكَ

قوله : وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ ، وَتَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ : كَاتِبْتُكَ عَلَى كَذَا . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ :
فَإِذَا أُدِّيَتْ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : وَهُوَ
الإِنصاف

(١) فِي م : « وَ » .

(٢) فِي م : « الْوَرِثَةُ » .

وَأِنْ لَمْ يَقُلْ : فَإِذَا أُدِّيتَ إِلَى فَأَنْتَ حُرٌّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشْتَرَطَ قَوْلُهُ
أَوْ نَيْتُهُ .

على كذا) لَأَنَّهُ لَفْظُهَا الْمَوْضُوعُ لَهَا ، فَاِنْعَقَدَتْ بِمَجَرِّدِهِ ، كَلَفَظِ النِّكَاحِ
فِيهِ .

٢٩٨١ - مسألة : وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى قَوْلِهِ : (وَإِنْ أُدِّيتَ إِلَى فَأَنْتَ حُرٌّ)
بَلْ مَتَى أَدَّى عَتَقَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَعْتَقُ حَتَّى
يَقُولَ ذَلِكَ ، أَوْ يَنْوِيَ بِالْكِتَابَةِ الْحُرِّيَّةَ . وَيَحْتَمِلُ مِثْلُ ذَلِكَ عِنْدَنَا ؛ لِأَنَّ
لَفْظَ الْكِتَابَةِ يَحْتَمِلُ الْمُخَارَجَةَ ، وَيَحْتَمِلُ الْعِتْقَ بِالْأَدَاءِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَمْيِيزِ
أَحَدِهِمَا عَنِ الْآخَرِ ، كَكِتَابَاتِ الْعِتْقِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحُرِّيَّةَ مُوجِبُ عَقْدِ

الْمَذْهَبُ الْمَجْزُومُ بِهِ لِعَامَّةِ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ
فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَغَيْرِهِمْ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشْتَرَطَ قَوْلُهُ ذَلِكَ ، أَوْ نَيْتُهُ . وَهُوَ لِأَبِي الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » . وَفِي
« التَّرْغِيبِ » وَجْهٌ ، وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي « الْمُوَجِزِ » ، وَ « التَّبَصُّرَةِ » ، يُشْتَرَطُ قَوْلُهُ
ذَلِكَ . وَقِيلَ : أَوْ نَيْتُهُ .

فائدة : ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ لِلْكِتَابَةِ . وَقَالَ
فِي « الْمُوَجِزِ » ، وَ « التَّبَصُّرَةِ » ، وَ « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » :
يُشْتَرَطُ ذَلِكَ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » .

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا عَلَى عَوْضٍ مَعْلُومٍ مُنْجَمٍ ، نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا ، المقنع

الشرح الكبير

الْكِتَابَةِ ، فُتِبَّتْ عِنْدَ تَمَامِهِ ، كَسَائِرِ أَحْكَامِهِ . وَلَأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ وَضِعَ
لِلْعِتْقِ ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى لَفْظِ الْعِتْقِ وَلَا نِيَّتِهِ ، كَالْتَدْبِيرِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ
اسْتِعْمَالِ الْكِتَابَةِ فِي الْمُخَارَجَةِ ، إِنْ ثَبَتَ فَلَيْسَ بِمَشْهُورٍ ، فَلَمْ يَمْنَعْ وَقُوعَ
الْحُرِّيَةِ بِهِ ، كَسَائِرِ الْأَلْفَافِ الصَّرِيحَةِ ، عَلَى أَنَّ اللَّفْظَ الْمُحْتَمِلُ يَنْصَرِفُ
بِالْقَرَأْنِ إِلَى أَحَدٍ مُحْتَمَلِيهِ ، كَلَفْظِ التَّدْبِيرِ ؛ فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ التَّدْبِيرَ فِي
مَعَايِشِهِ ، وَغَيْرِهِ ، وَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْحُرِّيَةِ ، كَذَلِكَ هَذَا .

٢٩٨٢ - مسألة : (وَلَا تَصِحُّ إِلَّا عَلَى عَوْضٍ مَعْلُومٍ مُنْجَمٍ ،
نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا) لَا تَصِحُّ إِلَّا عَلَى عَوْضٍ مَعْلُومٍ ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ،
أَشْبَهَتْ الْبَيْعَ . وَلَا تَجُوزُ إِلَّا مُنْجَمَةً مُؤَجَّلَةً . هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَبِهِ
قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : تَجُوزُ حَالَةً ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى
عَيْنٍ ، فَإِذَا كَانَ عَوْضُهُ فِي الذِّمَّةِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ حَالًا ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ،
أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ أَنَّهُمْ عَقَدُوا الْكِتَابَةَ ، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْ
وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَقْدُهَا حَالَةً ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَمْ يَتَّفِقُوا عَلَى تَرْكِهِ . وَلَأَنَّ الْكِتَابَةَ
عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَعْجِزُ عَنْ أَدَاءِ عَوْضِهَا فِي الْحَالِ ، فَكَانَ مِنْ شَرْطِهَا التَّأْجِيلُ ،

قوله : وَلَا تَصِحُّ إِلَّا عَلَى عَوْضٍ مَعْلُومٍ . (١) وَلَوْ خِدْمَةً أَوْ مُنْفَعَةً وَغَيْرَهَا (٢) . الإنصاف
قال [١٤٧/٣] الْأَصْحَابُ : مُبَاحٌ يَصِحُّ السَّلَامُ فِيهِ . مُنْجَمٌ بِنَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا ،
يَعْلَمُ قَدْرَ مَا يُؤَدَّى فِي كُلِّ نَجْمٍ . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهَا لَا تَصِحُّ إِلَّا عَلَى نَجْمَيْنِ

(١ - ١) سقط من : ط .

كَالسَّلَمِ عَلَى أُنَى حَنِيفَةٍ . وَلَأنَّهَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ ، مِنْ شَرْطِهِ ذِكْرُ الْعَوْضِ ، فَإِذَا وَقَعَ عَلَى وَجْهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْعَجْزُ عَنِ الْعَوْضِ لَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ [٣٢/٦ ظ] لَا يُوجَدُ عِنْدَ مَحِلِّهِ . وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ ؛ لِأنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْعَجْزُ عَنِ الْعَوْضِ ؛ لِأنَّ الْمُشْتَرِي يَمْلِكُ الْمَبِيعَ ، وَالْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، وَمَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَفِي التَّنْجِيمِ ، إِذَا كَانَ أَكْثَرُ مِنْ نَجْمٍ ، حِكْمَتَانِ^(١) ؛ إِحْدَاهُمَا تَرْجِعُ إِلَى الْمُكَاتَبِ ، وَهُوَ التَّخْفِيفُ عَلَيْهِ ؛ لِأنَّ الْأَدَاءَ مُفَرَّقًا أَسْهَلُ ، وَلِهَذَا تُقَسِّطُ الدُّيُونُ عَلَى الْمُعْسِرِينَ عَادَةً ، تَخْفِيفًا عَلَيْهِمْ . وَالْأُخْرَى لِلْسَيِّدِ ، وَهِيَ أَنَّ مُدَّةَ الْكِتَابَةِ تَطُولُ غَالِبًا ، فَلَوْ كَانَتْ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ لَمْ يَظْهَرْ عَجْزُهُ إِلَّا فِي آخِرِ الْمُدَّةِ ، فَإِذَا عَجَزَ عَادَ إِلَى الرَّقِّ ، وَفَاتَتْ مَنَافِعُهُ فِي مُدَّةِ الْكِتَابَةِ كُلِّهَا عَلَى السَّيِّدِ^(٢) ، مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ حَصَلَ لَهُ . وَإِذَا كَانَتْ مُنْجَمَةً نُجُومًا ، فَعَجَزَ عَنِ النَّجْمِ الْأَوَّلِ فَمُدَّتْهُ يَسِيرَةً ، وَإِنْ عَجَزَ عَمَّا بَعْدَهُ فَقَدْ حَصَلَ لِلْسَيِّدِ نَفْعٌ بِمَا أَخَذَ مِنَ النُّجُومِ قَبْلَ عَجْزِهِ .

إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، فَأَقْلَهُ نَجْمَانِ فِصَاعِدًا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : مِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ : نَجْمٌ وَاحِدٌ . وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ : نَجْمَانِ . وَنَجْمَانِ أَحَبُّ إِلَيَّ^(٣) . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنِّي أَذْهَبُ

فِصَاعِدًا ، يَعْلَمُ قَدْرَ مَا يُؤَدَّى فِي كُلِّ نَجْمٍ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « حِكْمَتَانِ » .

(٢) فِي م : « سَيِّدِهِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلِي » .

إلى أنه لا يجوز إلا نَجْمَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَحَبُّ نَجْمَيْنِ ، وَيَجُوزُ نَجْمٌ وَاحِدٌ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : هَذَا عَلَى طَرِيقِ الْإِخْتِيَارِ ، وَإِنْ جَعَلَ الْمَالُ كُلَّهُ فِي نَجْمٍ وَاحِدٍ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّأْجِيلُ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ إِلَى أَجَلٍ وَاحِدٍ ، كَالسَّلَمِ ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ التَّأْجِيلِ لِيَتِمَّكَنَ مِنْ تَسْلِيمِ الْعَوَضِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ بِنَجْمٍ وَاحِدٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ ، وَالْإِيْتَاءُ مِنَ الثَّانِي ^(١) . وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ هَذَا أَقَلُّ مَا تَجُوزُ عَلَيْهِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مِنْ نَجْمَيْنِ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ . وَرُوِيَ عَنْ عُمَانَ أَنَّهُ غَضِبَ عَلَى عَبْدِ لَهُ ، فَقَالَ : لِأَعَاقِبَتِكَ ، وَلِأَكَاتِبَتِكَ عَلَى نَجْمَيْنِ . وَلَوْ جَازَ أَقَلُّ مِنْ هَذِهِ لِعَاقَبَهُ بِهِ فِي الظَّاهِرِ . وَفِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ ، أَنَّهَا أَتَتْ عَائِشَةَ ، فَقَالَتْ : يَا أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنِّي كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ ، فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةٌ ، فَأُعِينِنِي ^(٢) . وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الضَّمِّ ، وَهُوَ ضَمُّ نَجْمٍ إِلَى نَجْمٍ ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى اقْتِفَارِهَا إِلَى نَجْمَيْنِ . وَالْأَوَّلُ أَقْسُ .

و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَقِيلَ : تَصِحُّ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . ^(٣) وَقِيلَ : تَصِحُّ أَنْ تَكُونَ عَلَى خِدْمَةٍ مُفْرَدَةٍ عَلَى مُدَّةٍ وَاحِدَةٍ ^(٤) . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهَا لَا تَصِحُّ إِلَّا عَلَى عَوَضٍ مَعْلُومٍ ، فَلَا تَصِحُّ عَلَى عَبْدٍ

(١) عزاه ابن حجر في تلخيص الخبير ٢١٧/٤ ، لابن أبي شيبة ، ولم نجده في مصنفه .

(٢) تقدم تخريجه في ٢٣٤/١١ ، ٢٣٥ .

(٣ - ٣) سقط من : ط .

يَعْلَمُ قَدْرَ مَا يُؤَدَّى فِي كُلِّ نَجْمٍ . وَقِيلَ : تَصِحُّ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ .
وَقَالَ الْقَاضِي : تَصِحُّ عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، وَلَهُ الْوَسْطُ .

٢٩٨٣ - مسألة : وَيُشْتَرَطُ عِلْمُ مَا يُؤَدَّى إِلَيْهِ ، فِي كُلِّ نَجْمٍ ،
كَالْتَمَنِ فِي الْبَيْعِ ، وَلِئَلَّا يُفْضَى إِلَى التَّنَازُعِ^(١) وَالْاِخْتِلَافِ . وَلَا يُشْتَرَطُ
تَسَاوِي النُّجُومِ ، فَإِذَا قَالَ : كَاتِبْتُكَ عَلَى أَلْفٍ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ ، تُؤَدَّى
عِنْدَ انْقِضَاءِ كُلِّ سَنَةٍ مِائَةٌ . أَوْ قَالَ : تُؤَدَّى مِنْهَا مِائَةٌ عِنْدَ انْقِضَاءِ خَمْسِ
سِنِينَ ، وَبَاقِيهَا عِنْدَ تَمَامِ الْعَشْرَةِ . أَوْ قَالَ : تُؤَدَّى فِي آخِرِ الْعَامِ الْأَوَّلِ
مِائَةٌ ، وَتَسَعَمَائَةٍ عِنْدَ انْقِضَاءِ السَّنَةِ الْعَاشِرَةِ . فَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ . فَإِنْ قَالَ :
تُؤَدَّى فِي كُلِّ عَامٍ مِائَةٌ . جَازَ ، وَيَكُونُ أَجَلُ كُلِّ مِائَةٍ عِنْدَ^(٢) انْقِضَاءِ
السَّنَةِ^(٣) . وَظَاهِرُ قَوْلِ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ
لَمْ^(٤) يُبَيِّنْ وَقْتَ الْأَدَاءِ مِنَ الْعَامِ . وَلَنَا ، قَوْلُ بَرِيرَةَ : كَاتِبْتُ [٣٣/٦]

مُطْلَقٍ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » وَنَصَرَاهُ ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ
الْقَاضِي : تَصِحُّ عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، وَلَهُ الْوَسْطُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الْقَاضِي . قَالَ فِي
« الرَّعَايَتَيْنِ » : وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، صَحَّ ، فِي الْأَصَحِّ ، وَلَهُ الْوَسْطُ . وَقَالَ
فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ صَحَّ ، وَوَجِبَ الْوَسْطُ . وَقِيَاسُ
قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ بَطْلَانُهُ .

(١) فِي م : « التَّنَازُعِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « الْعَاشِرَةِ » .

(٤) فِي م : « لَا » .

الشرح الكبير

أَهْلَى عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ ، فِي كُلِّ عَامٍ أَوْقِيَّةٌ . وَلِأَنَّ الْأَجَلَ إِذَا عُلِّقَ بِمُدَّةٍ ، تَعَلَّقَ بِأَحَدِ طَرَفَيْهَا . فَإِنْ كَانَ بِحَرْفٍ « إِلَى » تَعَلَّقَ بِأَوَّلِهَا ، كَقَوْلِهِ : إِلَى شَهْرِ رَمَضَانَ . وَإِنْ كَانَ بِحَرْفٍ « فِي » ، كَانَ إِلَى آخِرِهَا ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ جَمِيعَهَا وَقْتًا لِأَدَائِهَا ، فَإِذَا أَدَّى فِي آخِرِهَا كَانَ مُؤَدِّيًّا لَهَا فِي وَقْتِهَا ، فَلَمْ يَتَعَيَّنْ عَلَيْهِ الْأَدَاءُ قَبْلَهُ ، كَتَأْدِيَةِ الصَّلَاةِ فِي آخِرِ وَقْتِهَا . وَإِنْ قَالَ : تُؤَدِّيَهَا فِي عَشْرِ سِنِينَ . أَوْ : إِلَى عَشْرِ سِنِينَ . لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ نَجَّمَ وَاحِدًا . وَمَنْ أَجَازَ الْكِتَابَةَ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ أَجَازَهُ . وَإِنْ قَالَ : تُؤَدَّى بَعْضُهَا فِي نِصْفِ الْمُدَّةِ ، وَبَاقِيهَا فِي آخِرِهَا . لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْبَعْضَ يَقَعُ عَلَى الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ ، فَيَكُونُ مَجْهُولًا .

فصل : وَتَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَى كُلِّ^(١) مَالٍ يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ مُؤَجَّلًا فِي مُعَاوَضَةٍ ، فَجَازَ ذَلِكَ فِيهِ ، كَعَقْدِ السَّلْمِ . فَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَثْمَانِ ، وَكَانَ فِي الْبَلَدِ نَقْدًا وَاحِدًا ، جَازَ إِطْلَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْصَرَفُ إِلَيْهِ ، فَأُشْبِهَ الْبَيْعَ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ نَقْدٌ بَعْضُهَا أَغْلَبَ فِي الِاسْتِعْمَالِ ، جَازَ الْإِطْلَاقُ أَيْضًا ، وَانْصَرَفَ إِلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ . وَإِنْ كَانَتْ مُخْتَلَفَةً

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَصِحُّ حَالَةً . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْإِنْصَافُ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ فِي « الْمَعْنَى » ، وَالشَّارِحِ ، أَنَّ فِيهَا قَوْلًا بِالصَّحَّةِ ؛ فَإِنَّهُمَا قَالَا : وَلَا تَجُوزُ إِلَّا مُؤَجَّلَةً مُنْجَمَةً ، هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . فَدَلَّ أَنَّ فِيهَا خِلَافًا . وَهُوَ خِلَافُ ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ،

(١) سقط من : م .

مُتساويةً في الاستعمال ، وَجَبَ بَيَانُهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مِنْ^(١) غَيْرِهِ مِنَ النُّقُودِ .
وإن كان من غير الأثمانِ ، وَجَبَ وَصْفُهُ بِمَا يُوصَفُ بِهِ فِي السَّلَمِ . فَأَمَّا
مَا لَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ^(٢) ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا فِي الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ
مُعَاوَضَةٍ يَثْبُتُ عِوَضُهُ فِي الذِّمَّةِ ، فَلَمْ يَجُزْ بَعِوضٌ مَجْهُولٌ ، كَالسَّلَمِ .
(وَقَالَ الْقَاضِي : تَصِحُّ عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، وَلَهُ الْوَسْطُ) إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى عَبْدٍ
مُطْلَقٍ ، لَمْ يَصَحَّ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ،^(٣) وَقَالَ
الْقَاضِي^(٤) : يَجُوزُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّ
الْعِتْقَ لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ الْمُطْلَقُ عِوَضًا فِيهِ ،
كَالْعَقْلِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا فِي الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ لَا يَجُوزُ

الشرح الكبير

وَاخْتَارَهُ فِي « الْفَائِقِ » ، فَقَالَ : وَالْمُخْتَارُ صِحَّةُ الْكِتَابَةِ حَالَةً . وَقَالَ فِي
« التَّرْغِيبِ » : فِي كِتَابَةٍ مَنْ نَصَفَهُ حُرٌّ ، حَالَةً ، وَجْهَانِ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، فِي جَوَازِ
تَوْقِيتِ النَّجْمَيْنِ بِسَاعَتَيْنِ وَعَدَمِهِ ، فَيُعْتَبَرُ مَا لَهُ وَقَعَ فِي الْقُدْرَةِ عَلَى الْكَسْبِ ، فِيهِ
خِلَافٌ فِي « الْإِنْتِصَارِ » . قُلْتُ : الصَّوَابُ الثَّانِي . وَإِنْ كَانَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ
الْأَوَّلِ . وَتَقَدَّمَ فِي أَوَاخِرِ الْعِتْقِ ، هَلْ يَصِحُّ شِرَاءُ الْعَبْدِ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ بِمَالٍ فِي يَدِهِ ،
أَمْ لَا ؟ وَعَلَى الْمَذْهَبِ أَيْضًا ، تَكُونُ الْكِتَابَةُ بَاطِلَةً مِنْ أَصْلِهَا ، عَلَى الصَّحِيحِ . ذَكَرَهُ
الْقَاضِي ، وَالشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَصَرَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ بِأَنَّ الْإِخْلَالَ
بِشَرَطِ النَّجْمِ يُبْطِلُ الْعَقْدَ . وَذَكَرَ صَاحِبُ « التَّلْخِيسِ » ، أَنَّ الْكِتَابَةَ تَصِيرُ
فَاسِدَةً ، وَلَا تَبْطُلُ مِنْ أَصْلِهَا . وَيَأْتِي الْإِشْكَالُ فِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى عِوَضٍ مَجْهُولٍ ،
أَنَّهَا تَكُونُ فَاسِدَةً لَا بَاطِلَةً ، آخِرَ الْبَابِ .

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل .

(٢-٣) سقط من : م .

وَتَصِحُّ عَلَى مَالٍ وَخِدْمَةٍ ، سَوَاءٌ تَقَدَّمَتِ الْخِدْمَةُ أَوْ تَأَخَّرَتْ .
المفنع

الشرح الكبير أن يكون عَوْضًا فِي الْكِتَابَةِ ، كَالثَّوْبِ الْمُطْلَقِ ، وَيُفَارِقُ الْعَقْلَ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ مُتَلَفٌ مُقَدَّرٌ فِي الشَّرْعِ ، وَهَهُنَا عَوْضٌ فِي عَقْدٍ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ . وَلِأَنَّ الْحَيَوَانَ الْوَاجِبَ فِي الْعَقْلِ لَيْسَ بِحَيَوَانٍ مُطْلَقٍ ، بَلْ هُوَ مُقَيَّدٌ بِجِنْسِهِ وَسِنِّهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْإِلْحَاقُ بِهِ ، وَلِأَنَّ الْحَيَوَانَ الْمُطْلَقَ لَا تَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْعَبْدِ الْمُطْلَقِ ، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ بَدَلًا فِي مَوْضِعٍ عَلِمْنَاهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ مَنْ صَحَّحَ ^(١) الْكِتَابَةَ بِهِ أَوْجَبَ لَهُ عَبْدًا وَسَطًا ، وَهُوَ السَّنْدِيُّ ، وَيَكُونُ وَسَطًا مِنَ السَّنَدِيِّينَ فِي قِيَمَتِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي الصَّدَاقِ .

وَلَا تَصِحُّ الْكِتَابَةُ عَلَى حَيَوَانٍ مُطْلَقٍ غَيْرِ الْعَبْدِ ، فِيمَا عَلِمْنَا ، وَلَا عَلَى ثَوْبٍ ، وَلَا دَارٍ ، وَلِذَلِكَ لَا تَجُوزُ عَلَى ثَوْبٍ مِنْ ثِيَابِهِ ، وَلَا عِمَامَةٍ مِنْ عِمَائِمِهِ ، وَلَا غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَجْهُولَاتِ . وَمِمَّنْ اخْتَارَ الْكِتَابَةَ عَلَى الْعَبْدِ ، الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ . وَرَوَى عَنْ أَبِي بَرزَةَ ، وَحَفْصَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

٢٩٨٤ - مسألة : (وَتَصِحُّ عَلَى مَالٍ وَخِدْمَةٍ ، سَوَاءٌ تَقَدَّمَتِ الْخِدْمَةُ [٣٣/٦ ظ] أَوْ تَأَخَّرَتْ) تَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَى الْمَنَافِعِ الْمُبَاحَةِ ؛ لِأَنَّهَا

الإنصاف قوله : وَتَصِحُّ عَلَى مَالٍ وَخِدْمَةٍ ، سَوَاءٌ تَقَدَّمَتِ الْخِدْمَةُ أَوْ تَأَخَّرَتْ . يَعْنِي ، تَصِحُّ الْكِتَابَةُ عَلَى مَالٍ مَعَ خِدْمَةٍ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمَالِ مُوجَلًا ، بِخِلَافِ الْخِدْمَةِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « صَحَّحَ » .

أَحَدُ الْعَوَظِينَ فِي الْإِجَارَةِ ، فَجَازَ أَنْ تَكُونَ عَوَظًا فِي الْكِتَابَةِ ، كَالْأَثْمَانِ .
وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِهَا كَمَا يُشْتَرَطُ فِي الْإِجَارَةِ ؛ فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ
وَدِينَارٍ ، صَحَّ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الشَّهْرِ وَكَوْنِهِ عَقِيبَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ
الْإِجَارَةَ تَقْتَضِيهِ . فَإِنْ عَيَّنَ الشَّهْرَ بوقتٍ لَا يَتَّصِلُ بِالْعَقْدِ ، مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ
فِي الْمُحَرَّمِ عَلَى خِدْمَتِهِ فِي رَجَبٍ وَدِينَارٍ ، صَحَّ أَيْضًا ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يُوجِرَهُ
دَارَهُ شَهْرَ رَجَبٍ فِي الْمُحَرَّمِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ عَلَى شَهْرٍ
لَا يَتَّصِلُ بِالْعَقْدِ . وَيَشْتَرِطُونَ ذِكْرَ ذَلِكَ ، وَلَا يُجَوِّزُونَ إِطْلَاقَهُ ، بِنَاءً عَلَى
قَوْلِهِمْ فِي الْإِجَارَةِ . وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِيهِ ، وَالْخِلَافُ فِي بَابِ
الْإِجَارَةِ ^(١) . وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الدِّينَارِ الْمَذْكُورِ مُؤَجَّلًا ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ شَرْطٌ
فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ . فَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّ الدِّينَارِ بَعْدَ الشَّهْرِ يَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ ، صَحَّ ،
بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّهُ فِي الشَّهْرِ أَوْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ ، صَحَّ أَيْضًا .
وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ
نَجْمًا وَاحِدًا . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ كُلَّهَا لَا تَكُونُ فِي وَقْتِ مَحَلِّ
الدِّينَارِ ، وَإِنَّمَا يُوجَدُ جُزْءٌ مِنْهَا يَسِيرُ مُقَارِبًا لَهُ ، وَسَائِرُهَا فِيمَا سِوَاهُ ، وَلِأَنَّ
الْخِدْمَةَ بِمَنْزِلَةِ الْعَوَظِ الْحَاصِلِ فِي ابْتِدَاءِ مُدَّتِهَا ، وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ عَوَظَهَا

لِكِنْ لَوْ جَعَلَ الدِّينَ بَعْدَ فَرَاغِ الْخِدْمَةِ يَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ ، صَحَّ ؛ وَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّهُ فِي
الْخِدْمَةِ أَوْ عِنْدَ انْقِضَائِهَا ، صَحَّ أَيْضًا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي
« الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » ، وَغَيْرِهِمْ ، وَنَصَرُوهُ .

(١) انظر ما تقدم في ٣٥٤/١٤ .

جميعه ، ويكون محلها غير محل الدينار ، وإنما جازت^(١) حالة ؛ لأن المنع من الحلول في غيرها ؛ لأجل العجز عنه في الحال ، وهذا غير موجود في الخدمة ، فجازت حالة . وإن جعل محل الدينار قبل الخدمة ، وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد ، بحيث يكون الدينار مؤجلاً والخدمة بعده ، جاز . وإن كانت الخدمة متصلة بالعقد ، لم يتصور كون الدينار قبله ، ولم يجز في أوله ؛ لأنه يكون حالاً . ومن شرطه^(٢) التأجيل .

فصل : إذا كاتب السيد عبده على خدمة مفردة في مدة واحدة ، مثل أن يكتبه على خدمة شهر بعينه ، أو سنة معينة ، فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد ، على ما مضى من القول فيه^(٣) . ويحتمل أن يكون كالكتابة على أنجم ؛ لأن الخدمة تستوفي في أوقات متفرقة^(٤) ، بخلاف المال . وإن جعله على شهر بعد شهر ، كأن كاتبه في أول المحرم على خدمته فيه وفي رجب ، صح ؛ لأنه على نجمين . وإن كاتبه على منفعة في الذمة معلومة ، كخياطة ثوب عيته ، أو بناء حائط وصفه ، صح أيضاً ، إذا كانت على نجمين . وإن قال : كاتبك على أن تخدمني هذا الشهر ، وخياطة كذا^(٥) عقيب الشهر . صح في قول الجميع . وإن قال : على

وقال القاضي : لا تصح ؛ لأنه يكون نجماً واحداً . وأطلقهما في « الرعايتين » ، الإنصاف

(١) بعده في م : « له » .

(٢) في الأصل : « شرط » .

(٣) تقدم الكلام عليه في صفحة ٢٠٥ .

(٤) في م : « مفرقة » .

(٥) بعده في م : « على » .

أَن تَخْدِمَنِي شَهْرًا مِّنْ وَقْتِي هَذَا ، وَشَهْرًا عَقِيبَ هَذَا الشَّهْرِ . صَحَّ أَيْضًا .
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، لَا يَصِحُّ . وَلَنَا . أَنَّهُ كَاتَبَهُ عَلَى نَجْمَيْنِ ، فَصَحَّ ، كَالَّتِي
قَبْلَهَا .

فصل : وَإِذَا كَاتَبَ الْعَبْدَ وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ ؛ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ
الْمُكَاتَبُ . « فَإِنْ كَانَ ^(١) لَهُ سُرِّيَّةٌ أَوْ وَلَدٌ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ . وَبِهَذَا قَالَ
الثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يَوْسُفَ ، وَالشَّافِعِيُّ .
وَقَالَ [٣٤/٦] الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ مُوسَى ،
وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَمَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، فِي الْمَكَاتِبِ : مَالُهُ لَهُ .
وَوَافَقَنَا ^(٢) عَطَاءٌ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ مُوسَى ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ،
وَمَالِكٌ ، فِي الْوَلَدِ ، وَاحْتُجَّ لَهُمْ بِمَا رَوَى ابْنُ عَمْرٍو عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ :
« مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَاِلْمَالُ لِلْعَبْدِ » ^(٣) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ :
« مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ » ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ « مُتَّفَقٌ
عَلَيْهِ ^(٤) » ، وَالكِتَابَةُ بَيْعٌ . وَلَأنَّهُ بَاعَهُ نَفْسَهُ ، فَلَمْ يَدْخُلْ مَعَهُ غَيْرُهُ ، كَوَلَدِهِ
وَ^(٥) أَقَارِبِهِ ، وَلَأنَّهُ هُوَ وَمَالُهُ كَانَا لِسَيِّدِهِ ، فَإِذَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى أَحَدِهِمَا بَقِيَ

و « الْحَاوِي الصَّغِير » ، وَ « الْفَائِق » ، وَغَيْرِهِمْ .

(١ - ١) فِي الْأَصْل : « وَإِنْ كَاتَبَ » .

(٢) فِي الْأَصْل : « وَوَافَقَا » .

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٣٩ .

(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٣٠٣/٦ .

(٥) فِي الْأَصْل : « أَوْ » .

وَإِذَا أَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، أَوْ أُبْرِيَ مِنْهُ ، عَتَقَ ، المقتنع

الآخر على ما كان عليه ، كما لو باعه لأجنبي^١ . وحديثهم ضعيف ، قد ذكرنا الشرح الكبير
ضعفه .

٢٩٨٥ - مسألة : (وإذا أَدَّى ما كُوتِبَ عليه ، أَوْ أُبْرِيَ مِنْهُ ،
عَتَقَ) لأنه لم يبقَ لسيدِهِ عليه شيءٌ ، ولا يَعتَقُ قبلَ أداءِ جَمِيعِ الكِتَابَةِ .
هذا ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ؛ لما رَوَى عمرو بنُ شُعَيْبٍ عن أبيهِ عن جدِّهِ ،
أنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْهُمْ » . رواه أبو
داود^(١) . دَلَّ بِمَنْطُوقِهِ على أَنَّهُ لا يَعتَقُ حَتَّى يُوَدَّى جَمِيعُ كِتَابَتِهِ ،
وبمفهومِهِ على أَنَّهُ إذا أَدَّى كِتَابَتَهُ لا يَبْقَى عَبْدًا . قال أحمدُ في عبدٍ بين^(٢)
رَجُلَيْنِ كَاتِبَاهُ على أَلْفٍ فَأَدَّى تِسْعَمَائَةٍ ، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيْبَهُ ، قال :
يَعتَقُ إِلَّا نِصْفَ المائَةِ . وقد رَوَى عن عمرَ ، و ابنه ، وزيد بن ثابتٍ ،

فائدة : تصحَّ الكِتَابَةُ على مَنْفَعَةٍ مُفْرَدَةٍ مُنْجَمَةٍ ؛ كخِدْمَةٍ ، وعَمَلٍ في الذَّمَّةِ ؛
كخِياطةٍ ونحوها . قاله الأصحابُ . وللمُصَنِّفِ اِحْتِمَالٌ بِصَحَّتِهَا على مَنْفَعَةٍ مُفْرَدَةٍ
مُدَّةً وَاحِدَةً .

قوله : وإن أَدَّى ما كُوتِبَ عليه ، أَوْ أُبْرِيَ مِنْهُ ، عَتَقَ . هذا المذهبُ . جَزَمَ به
في « الوجيزِ » ، و « تَذَكُّرَةِ ابنِ عَبْدِوَسٍ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهِمْ .
وصَحَّحَهُ في « النِّظْمِ » وغيرِهِ . وقَدَّمَهُ في « المُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ،

(١) تقدم نَحْرِيْجُهُ في ٣٠٠/٦ .

(٢) سقط من : م .

المقنع وَمَا فَضَّلَ فِي يَدِهِ فَهُوَ لَهُ . وَعَنْهُ ، [١٩٦ و] أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ مَا يُودَّى صَارَ حُرًّا ، وَيُجْبَرُ عَلَى أَدَائِهِ .

الشرح الكبير وعائشة ، وسعيد بن المسيب ، والزهرى ، أنهم قالوا : المُكَاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ . رَوَاهُ عَنْهُمْ الْأَثَرُمُ ^(١) . وَبِهِ قَالَ الْقَاسِمُ ، ^(٢) وَالسَّالِمُ ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ، وقتادة ، والثوري ، وابن شبرمة ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ . وَرَوَى سَعِيدٌ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ أَبِي قِلَابَةَ ، قَالَ : كُنْتُ ^(٣) أَزْوَاجَ النَّبِيِّ ﷺ لَا يَحْتَاجِينَ مِنْ مُكَاتَبٍ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِينَارٌ ^(٤) . وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ عَطَاءٍ ، أَنَّ ابْنَ عَمَرَ كَاتَبَ غُلَامًا عَلَى أَلْفِ دِينَارٍ ، فَأَدَّى إِلَيْهِ تِسْعَمَائَةَ دِينَارٍ ، وَعَجَزَ عَنْ مِائَةِ دِينَارٍ ، فَدَّهَ ابْنُ عَمَرَ فِي الرِّقِّ ^(٥) .

٢٩٨٦ - مسألة : (وما فَضَّلَ فِي يَدِهِ فَهُوَ لَهُ) لَأَنَّهُ كَانَ لَهُ قَبْلَ الْعِتْقِ ، فَبَقِيَ عَلَى مَا كَانَ (وعنه ، أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ مَا يُودَّى صَارَ حُرًّا) لَمَّا

الإِنصاف و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، إِذَا مَلَكَ مَا يُودَّى ، صَارَ حُرًّا ، وَيُجْبَرُ عَلَى أَدَائِهِ .

- (١) وَأَخْرَجَهُ عَنْهُمْ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمُكَاتَبِ عَبْدٍ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٢٤/١٠ ، ٣٢٥ . وَأَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَمَرَ وَزَيْدٍ وَعَائِشَةَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ عَجَزِ الْمُكَاتَبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . الْمُصَنَّفِ ٤٠٨/٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الْمُكَاتَبِ عَبْدٍ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفِ ١٤٦/٦ ، ١٤٧ .
- (٢) (٢-٢) سَقَطَ مِنْ : م .
- (٣) فِي م : « كُنَّا » .
- (٤) فِي م : « دِرْهَمٌ » . وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمُكَاتَبِ عَبْدٍ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٢٥/١٠ .
- (٥) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عَجَزِ الْمُكَاتَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٤١/١٠ .

الشرح الكبير

رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مَكَاتِبٌ ، فَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(١) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . فَأَمْرُهُنَّ بِالْحِجَابِ بِمُجَرَّدِ مِلْكِهِ لِمَا يُؤَدِّيهِ . وَلِأَنَّهُ مَالِكٌ لِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَدَّاهُ . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى امْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ، كَسَائِرِ الدُّيُونِ الْحَالَّةِ عَلَى الْقَادِرِ عَلَيْهَا . فَإِنْ هَلَكَ مَا فِي يَدَيْهِ قَبْلَ الْأَدَاءِ صَارَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وَقَدْ صَارَ حُرًّا . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَغْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ . وَرَوَى سَعِيدٌ^(٢) بِإِسْنَادِهِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، قَالَ : « أَيُّمَا عَبْدٍ كَانَتْ عَلَيْهِ مِائَةُ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَةَ أَوَاقٍ ، فَهُوَ عَبْدٌ ، وَأَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ ، فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَةَ دنانِيرٍ ، فَهُوَ عَبْدٌ^(٣) » . وَفِي رِوَايَةٍ « مَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى [٣٤/٦ ظ] مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ - أَوْ قَالَ - إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ ، ثُمَّ عَجَزَ ، فَهُوَ رَقِيقٌ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٤) . وَقَالَ : هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ . وَلِأَنَّهُ عِنْتُ عُلُقَ

فائدة : لو أبرأه بعض الورثة من حقه منها ، وكان مؤسراً ، عتق عليه كله .
على الصحيح من المذهب . وقيل : لا يعتق .

(١) تقدم تخريجه في ٣٨٠/١٨ .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٠٠/٦ . من حديث « المكاتب عبد ... » .

(٣ - ٢) سقط من : م .

(٤) تقدم تخريجه في ٣٠٠/٦ .

بِعَوَضٍ ، فلم يَعْتَقُ قَبْلَ أَدَائِهِ ، كما لو قال : إِذَا أُدِّيتَ إِلَى أَلْفَا فَأَنْتَ حُرٌّ .
 فعلى هذه الرواية ، إِذَا أُدِّيَ عَتَقَ ، وإن لم يُؤَدَّ لم يَعْتَقُ . فَإِنْ أَمْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ ،
 فقال أبو بكرٍ : يُؤَدِّيهِ الْإِمَامُ عَنْهُ ، ولا يكونُ ذَلِكَ عَجْزًا ، ولا يَمْلِكُ السَّيِّدُ
 الْفَسْخَ . وهو قولُ أَيْ حَنِيفَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا لم يُؤَدَّ عَجَزَهُ السَّيِّدُ إِنْ
 أَحَبَّ ، وعاد عَبْدًا غَيْرَ مُكَاتَبٍ . ونحوه قال الشافعيُّ ، فَإِنَّهُ قال : إِنْ شاء
 عَجَزَ نَفْسَهُ وَأَمْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ . وَوَجْهُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْعَبْدَ لَا يُجْبَرُ عَلَى اكْتِسَابِ
 مَا يُؤَدِّيهِ فِي الْكِتَابَةِ ، فلا يُجْبَرُ عَلَى الْأَدَاءِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ . وَوَجْهُ
 الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ قد ثَبَتَ لِلْعَبْدِ اسْتِحْقَاقُ الْحُرِّيَةِ بِمِلْكٍ مَا يُؤَدِّي ، فلم يَمْلِكُ
 إِبْطَالُهَا ، كما لو أدَّى . فَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ قَبْلَ أَدَائِهِ جازَ تَعْجِيزُهُ وَاسْتِرْقَاقُهُ ،
 وَجْهًا وَاحِدًا .

فصل : إِذَا أَبرَأَ السَّيِّدُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، بَرِئَ وَعَتَقَ ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ خَلَتْ
 مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لو أدَّاه . وَإِنْ أَبرَأَهُ مِنْ بَعْضِهِ ، بَرِئَ مِنْهُ ، وهو
 عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ كَالْأَدَاءِ . فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى دَنَانِيرَ فَأَبْرَأَهُ
 مِنْ دَرَاهِمَ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، لم تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ ؛ لِأَنَّهُ أَبرَأَهُ مِمَّا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ ،
 إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِقَدْرِ ذَلِكَ مَالِيَّ عَلَيْكَ . فَإِنْ اخْتَلَفَا ، فقال الْمُكَاتَبُ : إِنَّمَا
 أَرَدْتُ مِنْ قِيَمَةِ ذَلِكَ . وقال السَّيِّدُ : بَلْ ظَنَنْتُ أَنَّ لِي عَلَيْكَ النِّقْدَ الَّذِي
 أَبرَأْتُكَ مِنْهُ ، فلم تَقْعِ الْبَرَاءَةُ مَوْضِعَهَا . فالقولُ قولُ السَّيِّدِ مع يَمِينِهِ ؛
 لِأَنَّهُ أَعْرَفُ بِنَيْتِهِ . فَإِنْ مات السَّيِّدُ وَاخْتَلَفَ الْمُكَاتَبُ وَالْوَرِثَةُ ، فالقولُ
 قولُهُمْ مع أَيْمَانِهِمْ وَيَحْلِفُونَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ . وَإِنْ مات الْمُكَاتَبُ وَاخْتَلَفَ
 وَرَثَتُهُ وَسَيِّدُهُ ، فالقولُ قولُ السَّيِّدِ ؛ لِإِذَا ذَكَرْنَا .

فَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْأَدَاءِ كَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ ، فِي الصَّحِيحِ عَنْهُ .
وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ، وَالْبَاقِي لَوَرَثَتِهِ .

الشرح الكبير

٢٩٨٧ - مسألة : (فلو مات قبل الأداء كان ما في يده لسيده ،
في الصحيح عنه . وعلى الرواية الأخرى ، لسيده بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ، والباقي
لورثته) هذه المسألة تُشْبِهُ أَنْ تَكُونَ مَبْنِيَّةً عَلَى الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ، إِنْ قُلْنَا :
إِنَّهُ «لَا يَعْتَقُ» بِمِلْكٍ مَا يُودَى . فَقَدْ مَاتَ رَقِيقًا وَانْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ^(١)
بِمَوْتِهِ ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ عَتَقَ بِمِلْكٍ مَا يُودَى . فَقَدْ
مَاتَ حُرًّا ، وَعَلَيْهِ لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لَهُ عَلَيْهِ ، وَالْبَاقِي لَوَرَثَتِهِ .
قَالَ الْقَاضِي : الْأَصَحُّ أَنَّ الْكِتَابَةَ تَنْفَسَخُ بِمَوْتِهِ ، وَيَمُوتُ عَبْدًا ، وَمَا فِي يَدِهِ
لِسَيِّدِهِ . رَوَاهُ الْأَثَرُ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ عَمْرٍ ، وَزَيْدٍ ، وَالزُّهْرِيِّ^(٢) . وَبِهِ
قَالَ : إِبْرَاهِيمُ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَقَتَادَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ
فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَلِأَنَّهُ مَاتَ قَبْلَ أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ تَنْفَسَخَ ، كَمَا
لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، وَكَأَلَوْ عَتَقَ عَتَقَهُ بِأَدَاءِ أَلْفٍ فَمَاتَ قَبْلَ أَدَائِهَا . وَعَنْهُ ،
أَنَّهُ يَعْتَقُ وَيَمُوتُ حُرًّا ، فَيَكُونُ لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ، وَالْبَاقِي لَوَرَثَتِهِ . رُويَ

قوله : فلو مات قبل الأداء كان ما في يده لسيده . في الصحيح عنه . وهذا
مُفَرَّغٌ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ مَا يُودَى عَنْ كِتَابَتِهِ وَلَمْ يُودَّهِ ،

(١ - ١) فِي م : « عَتَق » .

(٢) فِي م : « كِتَابَتِهِ » .

(٣) وَأَخْرَجَهُ عَنْهُمْ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَوْتِ الْمَكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . النَّسَنُ الْكَبِيرُ ٣٣١/١٠ ، ٣٣٢ . وَابْنُ
أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي مَكَاتِبِ مَاتَ وَتَرَكَ وَلَدًا أَحْرَارًا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٤١٦/٦ . وَأَخْرَجَهُ
عَنْ زَيْدٍ ، عَبْدِ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ وَلَدِ الْمَكَاتِبِ وَلَهُ وَلَدٌ أَحْرَارٌ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . الْمُصَنَّفُ ٣٩٢/٨ .

ذلك عن عليٍّ ، وابن مسعودٍ ، ومعاوية^(١) . وبه [٣٥/٦] قال عطاءٌ ،
والحسنُ ، وطاؤُسٌ ، وشُرَيْحٌ ، والتَّخَعِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، والحسنُ بنُ
صالحٍ ، ومالكٌ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ :
يَكُونُ حُرًّا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ حَيَاتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي . وَوَجْهُ هَذِهِ
الرُّوَايَةِ ، مَا تَقَدَّمَ فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَ^(٢)لَأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ لَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدٍ
الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، فَلَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْآخَرِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ الْعَبْدَ أَحَدُ مَنْ
تَمَّتْ بِهِ الْكِتَابَةُ ، فَلَمْ تَنْفَسِخْ بِمَوْتِهِ ، كَالسَّيِّدِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَتُفَارِقُ
الْكِتَابَةُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ
الْعَقْدُ بَعَيْنِهِ ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ بِتَلْفِهِ ، وَالْمُكَاتَبُ هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، وَالْعَقْدُ مُتَعَلِّقٌ
بَعَيْنِهِ ، فَإِذَا تَلَفَ قَبْلَ تَمَامِ الْأَدَاءِ انْفَسَخَ الْعَقْدُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ الْمَبِيعُ قَبْلَ
قَبْضِهِ ، وَلِأَنَّهُ مَاتَ قَبْلَ وُجُودِ شَرْطِ حُرِّيَّتِهِ ، وَيَتَعَذَّرُ وُجُودُهَا بَعْدَ مَوْتِهِ .
فَأَمَّا إِنْ مَاتَ وَلَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الْكِتَابَةَ تَنْفَسِخُ
بِمَوْتِهِ ، وَيَمُوتُ عَبْدًا . وَمَا فِي يَدِهِ لِسَيْدِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَهْلِ الْفَتَاوَى مِنْ

الشرح الكبير

لم يَعْتَقْ ، فَإِذَا مَاتَ قَبْلَ الْأَدَاءِ ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيْدِهِ . وَعَلَى
الرُّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ؛ وَهِيَ أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ مَا يُودَى ، يَصِيرُ حُرًّا قَبْلَ الْأَدَاءِ ، فَإِذَا مَاتَ قَبْلَ
الْأَدَاءِ ، كَانَ لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ، وَالْبَاقِي لَوَرَثَةِ الْمَيِّتِ ، فَلَا تَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ . وَاخْتَارَهُ

الإنصاف

(١) أخرجه عنهم عبد الرزاق ، في : باب ميراث ولد المكاتب ... ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٩١/٨ ، ٣٩٣ ،
٣٩٤ . وأخرجه ، عن علي ومعاوية ، البيهقي ، في : باب موت المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى
٣٣١/١٠ ، ٣٣٢ . وعن ابن مسعود ، ابن أبي شيبة ، في : باب في مكاتب مات وترك ولدا أحرارا ، من كتاب
اليروع والأقضية . المصنف ٤١٥/٦ - ٤١٧ .

(٢) سقط من : م .

أئمة الأمصار ، إلا أن يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبي بكر ، والقاضى ، ومن وافقهما ، فإنه يموت حرّاً فى مقتضى قولهم ، وسنذكر ذلك ، إن شاء الله تعالى . وقال مالك : إن كان له ولد حرّ انفسخت الكتابة ، وإن كان مملوكاً فى كتابته أُجبر على دفع المال إن كان له مال ، وإن لم يكن له أُجبر على الاكتساب والأداء .

فصل : ولا تنفسخ الكتابة بالجنون ؛ لأنها عقدٌ لازم ، فلم تنفسخ بالجنون ، كالرهن . وفارق الموت ؛ لأن العقد على العين ، والموت يفوت العين ، بخلاف الجنون ، ولأن القصد من الكتابة العتق ، والموت ينافيه ، ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه ، بدليل صحة عتق المجنون . فعلى هذا ، إن أدى إليه المال عتق ؛ لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذى كان عليه ، وله أخذ المال من يده ، فيتضمن ذلك براءته من المال ، فاعتق بحكم العقد ، وإن لم يؤد إليه ، كان للسيد أن يحضره عند الحاكم . وثبتت الكتابة بالبيّنة ، فيبحث الحاكم عن ماله ، فإن وجد له مالاً سلّمه فى الكتابة وعتق ، وإن لم يجد له مالاً جعل له أن

هنا أبو بكر ، وأبو الخطاب . لكن هل يستحقه السيد حالاً ، أو هو على نجومه ؟ فيه روايتان . وأطلقهما فى « الفروع » . قلت : هى شبهة بمن مات وعليه دين ، على ما تقدّم فى باب الحجر . وتقدّم فى ذكر أهل الزكاة ؛ إذا عجز ورق ونحوه ، وكان بيده مال أخذ من الزكاة ، هل يكون لسيده أو لمن أخذه منه ؟

يُعْجِزُهُ ، وَيُلْزِمُهُ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ قِتْنًا ، ثُمَّ إِنْ وَجَدَ لَهُ الْحَاكِمُ بَعْدَ ذَلِكَ مَالًا يَفِي بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَبْطَلَ فَسَخَ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ «الْبَاطِلَ بَانَ» بِخِلَافِ مَا حَكَمَ بِهِ ، فَبَطَلَ حُكْمُهُ ، كَمَا إِذَا أَخْطَأَ النَّصُّ وَحَكَمَ بِالْاجْتِهَادِ ، إِلَّا أَنَّهُ يُرَدُّ عَلَى السَّيِّدِ مَا أَنْفَقَهُ مِنْ حِينَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فِي الْبَاطِلِ . وَإِنْ أَفَاقَ ، فَأَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ كَانَ^(١) قَدْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالَ الْكِتَابَةِ ، بَطَلَ أَيْضًا ، وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ مَا أَنْفَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مَعَ عِلْمِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَكَانَ مُتَطَوِّعًا بِذَلِكَ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْتَحْلِفَ الْحَاكِمُ السَّيِّدَ أَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى مَالَ الْكِتَابَةِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَمْ يَذْكُرْهُ أَصْحَابُنَا ، وَهُوَ حَسَنٌ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ اسْتَوْفَاهُ ، وَالْمَجْنُونُ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ فَيَدَّعِيهِ ، [٣٥٠/٦ ظ] فَيَقُومُ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِي اسْتِحْلَافِهِ عَلَيْهِ .

فصل : وَقَتْلُ الْمُكَاتَبِ كَمَوْتِهِ فِي انْفِسَاخِ الْكِتَابَةِ ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَا مِنَ الْخِلَافِ ، سِوَاءُ كَانَ الْقَاتِلُ السَّيِّدَ ، أَوِ الْأَجْنَبِيَّ . وَلَا قِصَاصَ عَلَى قَاتِلِهِ الْحُرِّ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ؛ لِلْحَدِيثِ^(٢) . فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ سَيِّدَهُ ، وَلَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَعَادَ مَا فِي يَدِهِ إِلَى سَيِّدِهِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوْجَبَ لَهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْقَاتِلُ

(١ - ١) فِي م : «الْبَاطِلُ» .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) تَقَدَّمَ تَخْرِجُهُ فِي ٣٠٠/٦ .

وَإِذَا عُجِّلَتِ الْكِتَابَةُ قَبْلَ مَحِلِّهَا ، لَزِمَ السَّيِّدُ الْأَخْذُ ، وَعَتَقَ . المنع

الشرح الكبير

لَا يَسْتَحِقُّ بِالْقَتْلِ شَيْئًا مِنْ تَرَكَةِ الْمَقْتُولِ . قُلْنَا : هَهُنَا لَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَالُ الْمُكَاتَبِ مِيرَاثًا ، بَلْ بِحُكْمِ مِلْكِهِ عَلَيْهِ لَزْوَالِ الْكِتَابَةِ ، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ الْقَاتِلُ الْمِيرَاثَ خَاصَّةً ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، إِذَا قَتَلَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ حَلَّ الدَّيْنِ ، فِي رِوَايَةٍ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا قَتَلَتْ سَيِّدَهَا عَتَقَتْ . وَإِنْ كَانَ الْمُكَاتَبُ قَدْ خَلَّفَ وَفَاءً ، وَقُلْنَا : إِنْ الْكِتَابَةُ تَنْفَسِخُ بِمَوْتِهِ . فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَنْفَسِخُ . فَلَهُ الْقِيَمَةُ عَلَى سَيِّدِهِ ، تُصَرَّفُ إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ الْجَنَايَةُ عَلَى بَعْضِ أَطْرَافِهِ فِي حَيَاتِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَفَاءُ يَحْصُلُ بِإِجَابِ الْقِيَمَةِ ، وَلَا يَحْصُلُ بِدُونِهَا ، وَجَبَ ، كَمَا لَوْ خَلَّفَ وَفَاءً ؛ لِأَنَّ دِيَةَ الْمَقْتُولِ كَثَرَتْ كَرَّتِهِ فِي قَضَاءِ دِيُونِهِ مِنْهَا ، وَانْصَرَفَتْهَا إِلَى وَرَثَتِهِ بَيْنَهُمْ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى . وَلَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَرْنَا بَيْنَ أَنْ يُخْلَفَ وَارِثًا أَوْ لَا يُخْلَفَ وَارِثًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُخْلَفَ وَارِثًا سِوَى سَيِّدِهِ ، لَمْ تَجِبِ الْقِيَمَةُ عَلَيْهِ بِحَالٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ يُصَرَّفُ مَالُهُ إِلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَلَا حَقٌّ لِسَيِّدِهِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ صَرْفَهُ إِلَى سَيِّدِهِ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ ، وَالْقَاتِلُ لَا مِيرَاثَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ أَعْجَنِيًّا وَجَبَتْ الْقِيَمَةُ لِلْسَيِّدِ ، إِلَّا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَا تَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ ، تَجِبُ لَوَرَثَتِهِ .

٢٩٨٨ - مسألة : (وَإِذَا عُجِّلَتِ الْكِتَابَةُ قَبْلَ مَحِلِّهَا ، لَزِمَ السَّيِّدُ

الإنصاف

قوله : وَإِذَا عُجِّلَتِ الْكِتَابَةُ قَبْلَ مَحِلِّهَا ، لَزِمَ السَّيِّدُ الْأَخْذُ . فَشَمِلَ الْقَبْضَ مَعَ الضَّرَرِ وَعَدَمِهِ ، وَكَذَا قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَالْخَرَقِيُّ ، وَأَبُو بَكْرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالشَّيرَازِيُّ ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : يَلْزَمُهُ مَعَ

وَيَحْتَمِلُ إِلَّا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ .

الْأَخْذُ وَعَتَقَ (هذا المنصوصُ عن أحمد^(١)) وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ (وذكر أبو بكرٍ فيه روايةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ قَبُولُ الْمَالِ إِلَّا عِنْدَ نُجُومِهِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ الْمُكَاتَبِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ فِي مِلْكِهِ حَقٌّ لَهُ ، وَلَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ ، فَلَمْ يُزَلْ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَ عِتْقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، لَمْ يَعْتَقْ قَبْلَهُ^(٢) . وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَّ قَالَ : أَطْلَقَ أَحْمَدُ وَالْخَرَقِيُّ هَذَا الْقَوْلَ ، وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِمَا لَا ضَرَرَ فِي قَبْضِهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ ، كَالَّذِي لَا يَفْسُدُ وَلَا يَخْتَلِفُ قَدِيمُهُ وَحَدِيثُهُ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مُؤَنَةٍ فِي حِفْظِهِ ، وَلَا يَدْفَعُهُ فِي حَالِ خَوْفٍ يَخَافُ ذَهَابَهُ ، فَإِنْ اخْتَلَّ أَحَدُ هَذِهِ الْأُمُورِ ، لَمْ يَلْزَمَهُ قَبْضُهُ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَفْسُدُ^(٣) ؛ كَالْعَنْبِ ، وَالرُّطْبِ ، وَالْبَطِيخِ ، أَوْ يَخَافُ تَلَفَهُ ، كَالْحَيَوَانِ ، فَإِنَّهُ رَبَّمَا تَلَفَ قَبْلَ الْمَحَلِّ ، فَفَاتَهُ مَقْصُودُهُ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَكُونُ حَدِيثُهُ خَيْرًا مِنْ قَدِيمِهِ لَمْ يَلْزَمَهُ أَيْضًا أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ^(٤) يَنْقُصُ إِلَى حِينِ الْحُلُولِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَحْتَاجُ إِلَى مَخْزَنِ ، كَالطَّعَامِ وَالْقُطْنِ ، لَمْ يَلْزَمَهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِي إِبْقَائِهِ إِلَى وَقْتِ الْمَحَلِّ إِلَى مُؤَنَةٍ ، فَيَتَضَرَّرُ بِهَا . وَلَوْ كَانَ غَيْرَ هَذَا [٣٦/٦] إِلَّا أَنْ الْبَلَدَ مَخُوفٌ ، لَمْ يَلْزَمَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّ فِي أَخْذِهِ ضَرَرًا لَمْ يَرْضَ بِالتَّزَامِهِ ،

الضَّرَرُ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . قَالَ الشَّارِحُ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) بعده في الأصل : « ويعتق المكاتب » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل : « لا يفسد » .

(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

وكذلك لو سَلَّمَهُ إليه في طَرِيقٍ مَخُوفٍ ، أو في مَوْضِعٍ يَتَضَرَّرُ بِقَبْضِهِ فيه ، لم يَلْزَمَهُ قَبْضُهُ ، ولم يَعْتَقِ الْمُكَاتَبُ . قال القاضي : والمذهبُ عِنْدِي أَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا ، على حَسَبِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي السَّلَمِ . ولأنَّه لا يَلْزَمُ الْإِنْسَانَ التَّزَامُ ضَرَرٍ لم يَقْتَضِهِ الْعَقْدُ ولا رَضِيَ بالتَّزَامِهِ ، وأما ما لا ضَرَرَ فِي قَبْضِهِ ، فإذا عَجَّلَهُ لَزِمَ السَّيِّدُ أَخْذَهُ . وذكر أبو بكر ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ ، اعْتِمَادًا عَلَى إِطْلَاقِ أَحْمَدَ الْقَوْلَ فِي ذَلِكَ . وهو ظَاهِرُ إِطْلَاقِ الْخَرَقِيِّ ؛ لما رَوَى الْأَثَرُ بِإِسْنَادِهِ ، عن أَبِي بَكْرٍ ابْنِ حَزْمٍ ، أَنَّ رَجُلًا أَتَى عَمَرَ ، فَقَالَ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنِّي كَاتَبْتُ عَلَى كَذَا كَذَا ، وَإِنِّي أَيْسَرْتُ بِالْمَالِ وَأَتَيْتُهُ بِهِ ، فَرَعَمَ أَنَّهُ لَا يَأْخُذُهَا إِلَّا نُجُومًا . فقال عمرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « يَا يَرْفَأُ ، خُذْ » هذا الْمَالُ فَاجْعَلْهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَأَدِّ إِلَيْهِ نُجُومًا فِي كُلِّ عَامٍ ، وقد عَتَقَ هَذَا . فلما رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُهُ أَخَذَ الْمَالَ^(١) . وعن عثمان ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحْوُ هَذَا^(٢) . ورواه سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي « سُنَنِهِ » عَنْ عَمَرَ وَعُثْمَانَ جَمِيعًا ، « قَالَ : ثَنَا » هُشَيْمٌ ، عَنْ ابْنِ عَوْنٍ ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ ، أَنَّ عُثْمَانَ قَضَى بِذَلِكَ . وَلأنَّ الْأَجَلَ حَقٌّ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، فَإِذَا قَدَّمَهُ فَقَدْ رَضِيَ^(٣) بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ ، فَسَقَطَ ، كَسَائِرِ

و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ [١٤٧/٣ ط] ذَلِكَ إِذَا كَانَ فِي قَبْضِهِ الْإِنْصَافِ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « تَأَثَّرَ فِي أَخْذِ » .

(٢) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ تَعَجُّلِ الْكِتَابَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . الْبُسْنُ الْكَبِيرُ ٣٣٥/١٠ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي الْمَوْضِعِ السَّابِقِ .

(٤ - ٤) فِي م : « وَثَنَا » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « وَصَى » .

الحقوق . فإن قيل : إذا عُلّقَ عَتَقَ عبده على فعلٍ في وقتٍ ففَعَلَهُ في غيره ، لم يَعْتِقْ . قلنا : تلك صِفَةُ مُجَرَّدَةٍ لَا يَعْتِقُ إِلَّا بِوُجُودِهَا . والكتابةُ مُعَاوَضَةٌ يَبْرَأُ^(١) فيها بِأَدَاءِ الْعَوَضِ ، فافْتَرَقَا ، ولذلك لو أَبْرَأَهُ مِنَ الْعَوَضِ فِي الْكِتَابَةِ عَتَقَ ، ولو أَبْرَأَهُ مِنَ الْمَالِ فِي الصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ لم يَعْتِقْ . قال شيخنا^(٢) : والأوَّلَى ، إن شاء الله ، ما قاله القاضي ، في أَنَّ ما كان في قَبْضِهِ ضَرَرٌ لم يَلْزَمُهُ قَبْضُهُ ، ولم يَعْتِقْ بِبَذْلِهِ ؛ لِما ذَكَرَهُ مِنَ الضَّرَرِ الَّذِي لم يَقْتَضِهِ الْعَقْدُ . وخَبَرُ عُمَرَ لَا دَلَالَهَ فِيهِ عَلَى وَجُوبِ قَبْضِ ما فِيهِ ضَرَرٌ . ولأنَّ أَصْحَابَنَا قالوا : لو لَقِيَهِ فِي بَلَدٍ آخَرَ فَدَفَعَ إِلَيْهِ نُجُومَ الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْضَهَا ، فامْتَنَعَ مِنْ أَخْذِهَا لِضَرَرٍ فِيهِ ؛ مِنْ خَوْفٍ أَوْ مُؤَنَةٍ حَمَلٍ ، لم يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لما عليه مِنَ الضَّرَرِ فِيهِ ، وإن لم يكن فِيهِ ضَرَرٌ لَزِمَهُ قَبْضُهُ . كذا هُنا . وكلامُ أَحْمَدَ مَحْمُولٌ عَلَى^(٣) « ما إذا » لم يكن فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ . وكذلك قولُ الخِرَقِيِّ وأبي بكرٍ .

فصل : إذا أَحْضَرَ الْمُكَاتِبُ مَالَ الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْضَهُ لِيُسَلِّمَهُ ، فقال السيدُ : هذا حَرَامٌ ، أَوْ غَضَبٌ ، لا أَقْبَلُهُ مِنْكَ . سُئِلَ الْعَبْدُ عَنْ ذَلِكَ ، فَإِنْ أَقْرَبَهُ لم يَلْزَمِ السيدُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَخْذُ الْمُحَرَّمِ ، وَلَا يَجُوزُ

الإِنصافُ ضَرَرٌ . وهو المذهبُ ، نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . قال القاضي :

(١) في م : « يبدأ » .

(٢) في : المغنى ٤٦٣/١٤ .

(٣-٣) في م : « ماذا » .

له . وإن أنكر ، وكانت للسيد بيّنة بدعواه ، لم يلزمه قبوله وتسمع بيّنته ؛ لأن له حقاً في أن لا يفتضى دينه من حرام ، ولا يأمن أن يرجع صاحبه عليه به . وإن لم تكن له بيّنة ، فالقول قول العبد مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً . وإن حلف ، قيل للسيد : إما أن تقبضه ، وإما أن تبرئه ليعتق . فإن قبضه وكان تمام كتابته [٣٦/٦ ط] عتق ، ثم يُنظر ؛ فإن ادعى أنه حرام مطلقاً ، لم يُمنع منه ؛ لأنه لم يُقر به لأحد ، وإنما تحرّيمه فيما بينه وبين الله تعالى . وإن ادعى أنه غصبه من فلان ، لزمه دفعه إليه ؛ لأن قوله وإن لم يُقبل في حق المكاتب ، فإنه يُقبل في حق نفسه ، كما لو قال رجل لعبد في يد غيره : هذا حر . وأنكر ذلك من العبد في يده ، لم يُقبل قوله عليه ، فإن انتقل إليه بسبب من الأسباب ، لزمته حرّيته . فإن أبرأه من مال الكتابة ، لم يلزمه قبضه ؛ لأنه لم يبق له عليه حق . وإن لم يُبرئه ولم يقبضه ، كان له دفع ذلك إلى الحاكم ، ويطالبه بقبضه ، فينوب الحاكم في قبضه عنه ، ويعتق العبد ، كما روينا عن عمر ، وعثمان ، رضي الله عنهما ، في قبضهما مال الكتابة ، حين امتنع المكاتب من قبضه .

والمذهب عندي ، أن فيه تفصيلاً على حسب ما ذكرنا في السلم . وصححه الناظم . والإنصاف واختاره المصنّف في « المغني » . قال في « الرعايتين » : وإن عجل ما عليه قبل محله ، لزم سيده في الأصح أخذه بلا ضرر ، وعتق في الحال . وجزم به في

وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعَجَّلَ الْمُكَاتَبُ لِسَيِّدِهِ ، وَيَضَعُ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ .

فصل : إذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره ، فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض . وإن كاتب^(١) على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره . وإن كاتبه^(١) على نقد ، فأعطاه من جنسه خيراً منه ، وكان ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه ، لزمه أخذه ؛ لأنه زاده خيراً ، وإن كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله ؛ لأن عليه فيه ضرراً .

٢٩٨٩ - مسألة : (ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيد ، ويضع عنه بعض كتابته) مثل أن يكاتبه على ألف في نجمين إلى سنة ، ثم قال : عجل لي خمسمائة حتى أضع عنك الباقي . أو : حتى أبرئك من الباقي . أو قال : صالحني منه على خمسمائة معجلة . جاز ذلك . وبه يقول طاوس ، والزهرى ، والنخعي ، وأبو حنيفة . وكرهه الحسن ، وابن

« الوجيز » ، و « المحرر » ، وابن عبدوس في « تذكيره » وغيرهم . وصححه في « النظم » وغيره . قال في « الفائق » : ولو عجل ما عليه لزم قبضه ، وعق حالاً . نص عليه ، وقيد بعدم الضرر . وقدمه في « الفروع » ، ذكره في باب السلم . ونقل حنبل ، وأبو بكر : لا يلزمه ولو مع عدم الضرر . ذكرها جماعة من الأصحاب ؛ لأنه قد يعجز ، فيرق ، ولأن بقاء المكاتب في هذه المدّة حق له ، ولم يرض بزواله . فهذه ثلاث روايات ؛ رواية باللزام مطلقاً ، وعدمه مطلقاً ،

(١) فيم : « كانت » .

الشرح الكبير

سيرين ، والشعبي . وقال الشافعي : لا يجوز ؛ لأن هذا بيع ألف بخمسائة ، وهو ربا الجاهلية ؛ وهو أن يزيد في الدين لأجل الأجل ، وهذا أيضا هبة . ^(١) لأن هذا لا يجوز بين الأجانب ، والربا يجري بين المكاتب وسيده ، فلم يجر هذا بينهما ، كالأجانب . ولنا ، أن مال الكتابة غير مستقر ، ولا هو ^(٢) «دين صحيح» ، بدليل أنه لا يجبر على أدائه ، وله أن يمتنع من أدائه ، ولا تصح الكفالة به ، وما ^(٣) يؤديه إلى سيده كسب عبده ، وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق ، وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق ، وتخفيفا على المكاتب . فإذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ما عليه ، كان أبلغ في حصول العتق ، وأخف على العبد ، ويحصل من السيد إسقاط بعض ماله على عبده ، ومن الله تعالى إسقاط بعض ^(٤) ما أوجبه عليه من الأجل لمصلحته . ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ، ويفارق الأجانب ، من حيث إن هذا عبده ، فهو أشبه بعبده القن . وأما قولهم : إن الربا يجري بينهما .

والثالثة ، الفرق بين الضرر وعدمه . واختار القاضي في كتاب « الروايتين » طريقة الإنصاف أخرى ؛ وهي إن كان في القبض ضرر ، لم يلزمه ، وإلا فروايتان . وتبعه في « الكافي » .

(١) سقط من : م .

(٢-٢) في الأصل : « دين صحيحا » .

(٣) في الأصل : « لا » .

(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير
فَيَمْنَعُهُ^(١) ما ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى^(٢) ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَإِنَّ هَذَا مُفَارِقٌ
لِسَائِرِ^(٣) الرِّبَا بِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَهُوَ يُخَالِفُ رَبَا الْجَاهِلِيَّةِ ؛ فَإِنَّهُ إِسْقَاطٌ لِبَعْضِ
الدَّيْنِ ، وَرَبَا الْجَاهِلِيَّةِ زِيَادَةٌ فِي الدَّيْنِ [٣٧/٦ و] تُفْضِي إِلَى نَفَادِ مَالِ
الْمَدِينِ وَتَحْمُلُهُ مَا يَعْجِزُ عَنْ أَدَائِهِ^(٤) مِنَ الدَّيْنِ ، فَيُحْبَسُ مِنْ أَجَلِهِ ،
وَهَذَا يُفْضِي إِلَى تَعْجِيلِ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ وَخُلَاصِهِ مِنَ الرِّقِّ وَالتَّخْفِيفِ عَنْهُ ،
فَافْتَرَقَا .

فصل : فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الزِّيَادَةِ فِي الْأَجَلِ وَالْدَّيْنِ ، مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى
أَلْفٍ فِي نَجْمَيْنِ إِلَى سَنَةٍ يُؤَدِّي خَمْسَمِائَةٍ فِي نِصْفِهَا وَالباقى^(٥) فِي
آخِرِهَا ، فَيَجْعَلَانِهَا إِلَى سَنَتَيْنِ بِأَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ ، فِي كُلِّ سَنَةٍ سِتْمِائَةٍ ، أَوْ
مِثْلَ أَنْ يَعِلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، فَيَقُولَ : أَخْرِنِي إِلَى كَذَا وَأَزِيدُكَ كَذَا . فَلَا يَجُوزُ ؛
لَأَنَّ الدَّيْنِ^(٥) الْمُؤَجَّلَ إِلَى وَقْتٍ لَا يَتَأَخَّرُ أَجَلُهُ عَنْ وَقْتِهِ بِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ ،
وَلَا يَتَغَيَّرُ أَجَلُهُ بِتَغْيِيرِهِ ، وَإِذَا لَمْ يَتَأَخَّرْ عَنْ وَقْتِهِ لَمْ تَصِحَّ الزِّيَادَةُ الَّتِي فِي

الإنصاف
فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، حَيْثُ قُلْنَا بِاللُّزُومِ ، لَوْ امْتَنَعَ السَّيِّدُ مِنْ قَبْضِهِ ، جَعَلَهُ الْإِمَامُ
فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَحَكَمَ بِعِتْقِ الْعَبْدِ . جَزَمَ بِهِ الزَّرْكَشِيُّ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : هَذَا
الْمَشْهُورُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَإِنْ أَبَى السَّيِّدُ ، بَرِيَ الْعَبْدُ . ذَكَرْنَاهُ فِي

(١) بعده في الأصل : « على » .

(٢) يأتي قوله في ذلك في صفحة ٢٣٢ .

(٣) في الأصل : « كسائر » .

(٤) في م : « وفاته » .

(٥) سقط من : الأصل .

مُقَابَلَتِهِ ، وَلأنَّ هَذَا يُشْبِهُ رَبَّ الْجَاهِلِيَّةِ الْمُحَرَّم ، وَهُوَ الزِّيَادَةُ فِي الدِّينِ لِلزِّيَادَةِ فِي الْأَجَلِ . وَيُفَارِقُ الْمَسْأَلَةَ الْأُولَى مِنْ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَمَا أَنَّ الْأَجَلَ لَا يَتَأَخَّرُ ، فَكَذَلِكَ لَا يَتَعَجَّلُ ، وَلَا يَصِيرُ الْمُؤَجَّلُ حَالًا ، فَلِمَ جَازَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ؟ قُلْنَا : إِنَّمَا جَازَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى بِالتَّعَجُّيلِ فِعْلًا ، فَإِنَّهُ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ الدِّينَ الْمُؤَجَّلَ قَبْلَ مَحَلِّهِ جَازَ ، وَجَازَ لِلْسَّيِّدِ إِسْقَاطَ بَاقِي حَقِّهِ عَلَيْهِ ، وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ يَأْخُذُ أَكْثَرَ مِمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، فَهُوَ ضِدُّ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . وَهُوَ مُمْتَنِعٌ مِنْ وَجْهِ آخَرَ ؛ لِأَنَّ فِي ضِمْنِ الْكِتَابَةِ : إِنَّكَ مَتَى أَدَيْتَ إِلَيَّ كَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ . فَإِذَا أَدَّى إِلَيْهِ ذَلِكَ فَيَنْبَغِي أَنْ يَعْتَقَ . فَإِنْ قِيلَ ^(١) : فَإِذَا غَيَّرَ الْأَجَلَ وَالْعَوَضَ ، فَكَانَتْهُمَا فَسَخَا الْكِتَابَةَ الْأُولَى وَجَعَلَا كِتَابَةً ثَانِيَةً . قُلْنَا : لَمْ يَجْرَ ^(٢) بَيْنَهُمَا فَسْخٌ ، وَإِنَّمَا قَصْدَا تَغْيِيرِ الْعَوَضِ وَالْأَجَلِ عَلَى وَجْهِ لَا يَصِحُّ ، فَبَطَلَ التَّغْيِيرُ وَبَقِيَ الْعَقْدُ بِحَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ذَلِكَ ، كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ التَّعَجُّيلِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الدِّينَ الْمُؤَجَّلَ ^(٣) لَا يَتَأَخَّرُ عَنْ أَجَلِهِ ، وَلَا يَتَقَدَّمُ ، وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يُؤَدِّيَهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ . وَلَمَنْ لَهُ الدِّينُ تَرَكَ قَبْضَهُ فِي مَحَلِّهِ ، وَذَلِكَ إِلَى اخْتِيَارِهِ . فَإِذَا وَعَدَ بِهِ ثُمَّ رَجَعَ قَبْلَ الْفِعْلِ فَلَهُ ذَلِكَ .

الْمَكْفُولِ بِهِ . نَقَلَ حَرْبٌ ، إِنَّ أَبَى مَوْلَاهُ الْأَخْذَ ، مَا أَعْلَمُ زَادَهُ إِلَّا خَيْرًا . وَتَقَدَّمَ الْإِنْصَافُ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « يجوز » .

(٣) في م : « المتأخر » .

المقنع وَإِذَا أَدَّى وَعَتَقَ ، فَوَجَدَ السَّيِّدَ بِالْعَوَضِ عَيْبًا ، فَلَهُ أَرْضُهُ أَوْ قِيمَتُهُ ، وَلَا يَرْتَفِعُ الْعِتْقُ .

الشرح الكبير

فصل : وإن صالح المكاتب سيده عما^(١) في ذمته بغير جنسه ، مثل أن يُصالح عن الثُّقُودِ بِحِنْطَةٍ أو شَعِيرٍ ، جاز ، إلا أنه لا يجوز أن يُصالحه على شيء مؤجل ؛ لأنه يكون بيع دين بدّين . وإن صالحه عن الدراهم بدنانير ، أو عن الحِنْطَةِ بشَعِيرٍ ، لم يجز التفرُّق قبل القبض ؛ لأن هذا بيع في الحقيقة فيشترط له القبض في المجلس . وقال القاضي : يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقًا ؛ لأن هذا دين^(٢) من شرطه التأجيل ، فلم تجز المصالحة عليه بغيره ، ولأنه دين غير مُستقرٍّ ، فهو كدين السلم . وقال ابن أبي موسى : لا يجرى الربا بين المكاتب وسيده . فعلى قوله : تجوز المصالحة كيفما كانت كما تجوز بين العبد القن وسيده . والأولى ما ذكرناه . ويفارق دين الكتابة دين السلم ؛ فإنه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسألة ، فمُفَارَقَتُهُ [٣٧/٦ ظ] لدين السلم أعظم .

٢٩٩٠ - مسألة : (وإذا أَدَّى وَعَتَقَ ، فَوَجَدَ السَّيِّدَ بِالْعَوَضِ عَيْبًا ، فَلَهُ أَرْضُهُ أَوْ قِيمَتُهُ ، وَلَا يَرْتَفِعُ الْعِتْقُ) وجملة ذلك ، أن المكاتب إذا دفع

الإنصاف

نظير ذلك في باب السلم . الثانية ، في عتق المكاتب بالاغتياض وجهان . وأطلقهما في « الفروع » ، و « البلغة » ، و « الرعاية الكبرى » . والصواب العتق . اختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وعدم العتق قاله القاضي .

قوله : (وإذا أَدَّى وَعَتَقَ ، فَوَجَدَ السَّيِّدَ بِالْعَوَضِ عَيْبًا ، فَلَهُ أَرْضُهُ أَوْ قِيمَتُهُ ، وَلَا

(١) في الأصل : « على ما » .

(٢) سقط من : الأصل .

العِوضَ فِي الْكِتَابَةِ فَإِنَّ مُسْتَحَقًّا ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَعْتَقْ ، وَكَانَ وُجُودُ هَذَا الدَّفْعِ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَدِّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ لَهُ : إِنْ أَدَيْتَ الْآنَ ، وَإِلَّا فُسِّخَتْ كِتَابَتُكَ . وَإِنْ كَانَ قَدْ مَاتَ بَعْدَ الْأَدَاءِ ، فَقَدْ مَاتَ عَبْدًا ، فَإِنْ بَانَ مَعِيًّا ، مِثْلَ أَنْ كَاتَبَهُ عَلَى عُرُوضٍ مَوْصُوفَةٍ ، فَقَبَضَهَا ، فَأَصَابَ بِهَا عِيًّا بَعْدَ قَبْضِهَا ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ رَضِيَ بِذَلِكَ وَأَمْسَكَهَا اسْتَقَرَّ الْعِتْقُ . فَإِنْ قِيلَ : كَيْفَ ^(١) يَسْتَقَرُّ الْعِتْقُ وَلَمْ يُعْطِهِ جَمِيعَ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ؟ فَإِنَّ مَا يُقَابِلُ الْعَيْبَ لَمْ يَقْبِضْهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَشْرَةِ ، فَأَعْطَاهُ تِسْعَةً . قُلْنَا : إِمْسَاكُهُ الْعَيْبَ رَاضِيًّا بِهِ رَضًا مِنْهُ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِبْرَائِيهِ مِنْ بَقِيَّةِ كِتَابَتِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَهُ وَأَخَذَ أَرْضَ الْعَيْبِ ، أَوْ رَدَّهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ .

قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الْعِتْقُ ، وَلَيْسَ لَهُ الرَّدُّ وَلِهُ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِتْلَافٌ وَاسْتِهْلَاكٌ ، فَإِذَا حُكِمَ بِوُقُوعِهِ لَمْ يَبْطُلْ ، كَعَقْدِ الْخُلْعِ ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، فَأُشْبِهَ الْخُلْعَ . وَقَالَ الْقَاضِي :

يَرْتَفَعُ الْعِتْقُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : هُوَ كَالْبَيْعِ . وَقِيلَ : يَرْتَفَعُ الْعِتْقُ ، إِنْ رَدَّهُ وَلَمْ يُعْطِهِ

(١) سقط من : م .

يَتَوَجَّهُ أَنَّ لَهُ الرَّدَّ ، وَيُحَكِّمُ بارتفاعِ الْعِتْقِ الْوَاقِعِ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِنَّمَا يَسْتَقَرُّ بِاسْتِقْرَارِ الْأَدَاءِ ، وَقَدْ ارْتَفَعَ الْأَدَاءُ ، فَارْتَفَعَ الْعِتْقُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ بِالتَّرَاضِي ، فَوَجَبَ أَنْ يُفْسَخَ بوجُودِ الْعَيْبِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَهُ وَأَخَذَ الْأَرْضَ فَلَهُ ذَلِكَ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ ذِمَّتَهُ لَمْ تَبْرَأْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَعْتِقُ (قَبْلَ ذَلِكَ ، وَظَنُّ) وَقُوعِ الْعِتْقِ لَا يُوقِعُهُ إِذَا بَانَ الْأَمْرُ بِخِلَافِهِ ؛ كَمَا لَوْ بَانَ الْعَوَضُ مُسْتَحَقًّا . وَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ عِنْدَ السَّيِّدِ ، أَوْ حَدَّثَ بِهَا عِنْدَهُ عَيْبٌ ، اسْتَقَرَّ أَرْضُ الْعَيْبِ ، وَالْحُكْمُ فِي ارْتِفَاعِ الْعِتْقِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيهِمَا مَضَى .

وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ : إِنْ أُعْطِيتَنِي عَبْدًا فَأَنْتَ حُرٌّ . فَأَعْطَاهُ عَبْدًا ، فَبَانَ حُرًّا أَوْ مُسْتَحَقًّا ، لَمْ يَعْتِقْ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ : إِنْ أُعْطِيتَنِيهِ مِلْكًا ، وَلَمْ يُعْطِهِ إِيَّاهُ مِلْكًا ، وَلَمْ يَمْلِكْهُ إِيَّاهُ .

الْبَدَل . وَهُوَ تَوْجِيهٌ لِلْقَاضِي . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : فَإِنْ بَانَ مَعِيًّا ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ رَضِيَ بِذَلِكَ وَأَمْسَكَهُ ، اسْتَقَرَّ الْعِتْقُ ، وَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَهُ وَأَخَذَ الْأَرْضَ ، أَوْرَدَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : قِيَاسُ قَوْلِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ لَا يَنْطَلُ بِه الْعِتْقُ ، وَلَيْسَ لَهُ الرَّدُّ ، وَلَهُ الْأَرْضُ .

فَائِدَةٌ : لَوْ أَخَذَ السَّيِّدُ حَقَّهُ ظَاهِرًا ، ثُمَّ قَالَ : هُوَ حُرٌّ . ثُمَّ بَانَ مُسْتَحَقًّا ، لَمْ يَعْتِقْ . قَالَ الْأَصْحَابُ . وَإِنْ ادَّعَى السَّيِّدُ تَحْرِيمَ الْعَوَضِ ، قَبْلَ بَيِّنَةٍ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ،

فَصْلٌ : وَيَمْلِكُ الْمُكَاتِبُ أَكْسَابَهُ ، وَمَنَافِعَهُ ، وَالشُّرَاءَ ،
وَالْبَيْعَ ، وَالْإِجَارَةَ ، وَالْإِسْتِجَارَ ، وَالسَّفَرَ ، وَأَخَذَ الصَّدَقَةَ ،
وَالْإِنْفَاقَ عَلَى نَفْسِهِ وَوَلَدِهِ وَرَقِيقِهِ ، وَكُلَّ مَا فِيهِ صَلاَحُ الْمَالِ .

فصل : وإذا دَفَعَ إليه مال الكتابة ظاهرًا ، فقال له السيد : أنت حرٌّ .
 أو قال : هذا حرٌّ . ثم بان العوضُ مُستَحَقًّا ، لم يَعْتَقْ بذلك ؛ لأنَّ ظاهره
 الإخبارُ عما حَصَلَ له بالأداء ، فلو ادَّعى المُكَاتِبُ أنَّ السيدَ قَصَدَ بذلك
 عِتْقَهُ ، وأنكرَ السيدُ ، فالقولُ قولُ السيدِ مع يَمِينِهِ ؛ لأنَّ الظاهرَ معه ،
 وهو أَخْبَرُ بما نوى .

فصل : قال ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : (وَيَمْلِكُ الْمُكَاتِبُ أَكْسَابَهُ ، وَمَنَافِعَهُ ،
 وَالشُّرَاءَ ، وَالْبَيْعَ ، وَالْإِجَارَةَ ، وَالْإِسْتِجَارَ ، وَالسَّفَرَ ، وَأَخَذَ الصَّدَقَةَ ،
 وَالْإِنْفَاقَ عَلَى نَفْسِهِ وَوَلَدِهِ وَرَقِيقِهِ ، وَكُلَّ مَا فِيهِ [٣٨/٦] صَلاَحُ الْمَالِ)

قَبْلَ قَوْلِ الْعَبْدِ مَعَ يَمِينِهِ ، ثُمَّ يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ أَخْذَهُ ، وَيَعْتَقُ بِهِ ، ثُمَّ يَلْزَمُ السَّيِّدُ رَدُّهُ
 إِلَى مَالِكِهِ ، إِنْ أَضَافَهُ إِلَى مَالِكٍ . وَإِنْ نَكَلَ الْعَبْدُ حَلْفَ سَيِّدِهِ ، وَلَهُ قَبْضُهُ مِنْ دَيْنٍ
 غَيْرِ دَيْنِ الْكِتَابَةِ وَتَعْجِيزُهُ ، وَفِي تَعْجِيزِهِ قَبْلَ أَخْذِ ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ الدَّيْنِ وَجْهَانِ
 فِي « التَّرْغِيبِ » . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . وَالْإِعْتِبَارُ بِقَصْدِ السَّيِّدِ فِي قَبْضِهِ
 عَنْ أَحَدِ الدَّيْنَيْنِ ، وَفَائِدَتُهُ ، يَمِينُهُ عِنْدَ التَّزَاكِ . قُلْتُ : قَدْ تَقَدَّمَ فِي بَابِ الرَّهْنِ ،
 أَنَّهُ لَوْ قَضَى بَعْضُ دَيْنِهِ ، أَوْ أُبْرِيَ مِنْهُ ، وَبِيعَ رَهْنٌ أَوْ كَفِيلٌ ، كَانَ عَمَّا نَوَاهُ
 الدَّفَاعُ ، أَوْ الْمُبْرِيُّ مِنَ الْقِسْمَيْنِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي النَّيَّةِ بِالْإِزَاعِ . فَيُخْرَجُ هُنَا مِثْلُهُ .

قوله : وَيَمْلِكُ السَّفَرَ . حُكْمُ سَفَرِ الْمُكَاتِبِ حُكْمُ سَفَرِ الْغَرِيمِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ
 فِي أَوَّلِ بَابِ الْحَجْرِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَهُ السَّفَرُ ، كَغَرِيمٍ . قَالَ الْمُصَنِّفُ

يَمْلِكُ الْمُكَاتَبُ أَكْسَابَهُ وَمَنَافِعَهُ ، وَالشَّرَاءَ وَالْبَيْعَ ، بِإِجْمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛
لَأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ لِتَحْصِيلِ الْعِتْقِ ، وَلَا يَحْصُلُ إِلَّا بِأَدَاءِ عَوَضِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ
الْأَدَاءُ إِلَّا بِالْاِكْتِسَابِ ، وَالْبَيْعُ وَالشَّرَاءُ مِنْ أَقْوَى جِهَاتِ الْاِكْتِسَابِ ، فَإِنَّهُ
قَدْ جَاءَ فِي بَعْضِ الْآثَارِ أَنَّ تِسْعَةَ أَعْشَارِ الرِّزْقِ فِي التَّجَارَةِ ^(١) ، وَيَمْلِكُ
الْإِجَارَةَ وَالاسْتِجَارَةَ قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ ، وَيَمْلِكُ السَّفَرَ قَرِيبًا كَانَ
أَوْ بَعِيدًا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَأَبِي
حَنِيفَةَ . وَقَدْ أَطْلَقَ أَصْحَابُنَا الْقَوْلَ فِي ذَلِكَ ، وَلَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ السَّفَرِ الطَّوِيلِ
وغيرِهِ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لَهُ مَنَعَهُ مِنْ سَفَرٍ تَحِلُّ نَجُومُ كِتَابَتِهِ قَبْلَهُ ؛
لَأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ اسْتِيفَاءُ النُّجُومِ فِي وَقْتِهَا وَالرُّجُوعُ فِي رِقَّةٍ عِنْدَ عَجْزِهِ ،
فَمُنْعٌ مِنْهُ ، كَالْعَرِيمِ الَّذِي يَحِلُّ الدِّينُ عَلَيْهِ قَبْلَ مُدَّةِ سَفَرِهِ . وَاخْتَلَفَ
^(٢) قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، فَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : لَهُ السَّفَرُ . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : لَيْسَ

الشرح الكبير

فِي « الْمُعْنَى » ، وَالشَّارِحُ : وَقَدْ أَطْلَقَ أَصْحَابُنَا الْقَوْلَ فِي ذَلِكَ ، وَلَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ
السَّفَرِ الطَّوِيلِ وَغيرِهِ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لَهُ مَنَعَهُ مِنَ السَّفَرِ الَّذِي تَحِلُّ نَجُومُ
الْكِتَابَةِ قَبْلَهُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : قُلْتُ : وَهُوَ مُرَادُ الْأَصْحَابِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يُقَيِّدُوا ذَلِكَ
اِكْتِفَاءً بِمَا تَقَدَّمَ لَهُمْ مِنَ الْحُرِّ الْمَدِينِ بِطَرِيقِ الْأُولَى .

الإنصاف

تَنْبِيهِ : يُسْتَشْنَى مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، السَّفَرُ لِلْجِهَادِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ السَّفَرُ
لِذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، عَلَى مَا مَرَّ فِي كِتَابِ الْجِهَادِ . ذَكَرَهُ الزَّرْكَشِيُّ .

(١) عزاه ابن حجر في المطالب العلية ٤٠٩/١ إلى مسدد ، عن نعيم بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ . وقال
البوصيري : رواه مسدد مرسلًا بسند صحيح .

(٢-٢) فِي م : « قَوْلُهُ » .

فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ الْيُسَافِرَ ، وَلَا يَأْخُذَ الصَّدَقَةَ ، فَهَلْ يَصِحُّ الشَّرْطُ ؟
عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

له السَّفَرُ ، ('فَيَكُونُ فِيهَا قَوْلَانِ ، قَالَه بَعْضُ أَصْحَابِهِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ :
لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ ، إِنَّمَا هِيَ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ ؛ فَاَلْمَوْضِعُ الَّذِي قَالَ : لَهُ
السَّفَرُ ') . إِذَا كَانَ قَصِيرًا ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ الْحَاضِرِ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي مَنَعَ
مِنْهُ ، إِذَا كَانَ بَعِيدًا يَتَعَذَّرُ مَعَهُ اسْتِيفَاءُ نَجْوَمِهِ وَالرُّجُوعُ فِي رِقَّةٍ عِنْدَ
عَجْزِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ فِي يَدِ نَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا لِلسَّيِّدِ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَأُشْبِهَ
الْحُرَّ الْمَدِينِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا أَصْلَ لَهُ ، وَيُتَطَّلُ بِالْحُرِّ الْعَرِيمِ . وَلَهُ أَخُذُ
الصَّدَقَةِ الْوَاجِبَةِ وَالْمُسْتَحَبَّةِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ لِلْمُكَاتِبِينَ الْأَخْذَ مِنَ
الوَاجِبَةِ . وَإِذَا جَازَ الْأَخْذُ مِنَ الْوَاجِبَةِ فَالْمُسْتَحَبَّةُ أَوْلَى .

٢٩٩١ - مسألة : (وَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُسَافِرَ ، وَلَا يَأْخُذَ
الصَّدَقَةَ ، فَهَلْ يَصِحُّ الشَّرْطُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) إِذَا شَرَطَ السَّيِّدُ عَلَى مُكَاتِبِهِ
أَنْ لَا يُسَافِرَ ، فَقَالَ الْقَاضِي : الشَّرْطُ بَاطِلٌ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَسَعِيدِ
ابْنِ جُبَيْرٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ،
فَلَمْ يَصِحَّ شَرْطُهُ ، كَشَرْطِ تَرْكِ الْاِكْتِسَابِ ، وَلِأَنَّهُ غَرِيمٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ

قوله : فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُسَافِرَ ، وَلَا يَأْخُذَ الصَّدَقَةَ ، فَهَلْ يَصِحُّ الشَّرْطُ ؟
عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهَما وَجْهَانِ أَيُّضًا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ
مُنَجَّى » . وَهَما رَوَايَتَانِ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَالشَّيرَازِيِّ ، وَالْمُصَنِّفِ فِي

(١ - ١) سقط من : م .

شَرْطُ^(١) تَرْكِ السَّفَرِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَضَ لِرَجُلٍ قَرْضًا بِشَرْطِ أَنْ لَا يَسَافِرَ .
 وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَصِحُّ الشَّرْطُ ، وَلَهُ مَنَعُهُ مِنَ السَّفَرِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛
 لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٢) . وَلِأَنَّهُ شَرْطٌ لَهُ فِيهِ
 فَائِدَةٌ ، فَلَزِمَ ، كَمَا لَوْ شَرْطُ نَقْدًا مَعْلُومًا . وَبَيَانُ فَائِدَتِهِ ، أَنَّهُ لَا يَأْمَنُ إِبَاقَهُ
 وَأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَيَفُوتُ الْعَبْدُ وَالْمَالُ الَّذِي عَلَيْهِ . وَيُفَارِقُ الْقَرْضَ ،
 فَإِنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنْ جَانِبِ الْمُقْرِضِ ، مَتَى شَاءَ طَالِبٌ بِأَخْذِهِ وَمَنَعَ الْعَرِيمَ
 السَّفَرَ قَبْلَ إِيْفَائِهِ^(٣) ، فَكَانَ الْمَنَعُ مِنَ السَّفَرِ حَاصِلًا بِدُونِ شَرْطِهِ ،
 بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ السَّيِّدَ مَنَعُهُ مِنَ السَّفَرِ إِلَّا بِشَرْطِهِ ، وَفِيهِ
 حِفْظُ عَبْدِهِ وَمَالِهِ ، فَلَا يُمَنَعُ مِنْ تَحْصِيلِهِ . وَهَذَا أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .
 فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، لِسَيِّدِهِ مَنَعُهُ مِنَ السَّفَرِ . [٣٨/٦ ظ] فَإِنْ سَافَرَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ
 فَلَهُ رَدُّهُ إِنْ أَمَكَّنَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ رَدُّهُ ، اخْتِمَلُ أَنْ لَهُ تَعْجِيزُهُ وَرَدُّهُ إِلَى الرَّقِّ ؛
 لِأَنَّهُ لَمْ يَفِ بِمَا شَرْطُ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَفِ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ ، وَاخْتِمَلُ أَنْ
 لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مُكَاتَبٌ كِتَابَةً صَحِيحَةً لَمْ يَظْهَرْ عَجْزُهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ
 تَعْجِيزَهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَشَرْطُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

« الْكَافِي » ، وَالْمَجْدِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَصَاحِبِ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ .
 وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ مُتْجَى » ،
 وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ الشَّرْطُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي

الإنصاف

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم ترجمته في ١٠/١٤٩ ، وانظر صفحة ٢٠ .

(٣) في الأصل : « إبقائه » .

فصل : وإن شَرَطَ عليه أن لا يسألَ الناسَ ، فقال أحمدُ : قال جابرُ ابنُ عبدِ اللهِ : هم على شُرُوطِهِمْ . إن رأيته يسألُ تنهأ ، فإن قال : لا أعودُ . لم يرُدَّهُ عن كتابته في مرَّةٍ . فظاهرُ هذا ، أن الشرطَ صحيحٌ لازمٌ ، وأنه إن خالفَ مرَّةً لم يُعجِّزْهُ ، وإن خالفَ مرَّتَيْنِ أو أكثرَ فله تعجيزُهُ . قال أبو بكرٍ : إذا رآه يسألُ مرَّةً في مرَّةٍ عَجَّزَهُ ، كما إذا حلَّ نجمٌ في نجمٍ عَجَّزَهُ . فاعتبرَ المخالفةَ في مرَّتَيْنِ كحلُولِ نجمَيْنِ ، وإنما صحَّ الشرطُ ؛ لقوله ،

« الفروع » ، و « الرعايتين » : ويصحُّ شرطُ تركِهما على الأصحِّ . وصحَّحه الإناصاف في « التصحيح » ، و « الفائق » . وجزم به [١٤٨/٣] في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المحرر » . وهو من مفردات المذهب فيهما . والوجهُ الثاني ، لا يصحُّ الشرطُ . صحَّحه في « النظم » . واختارَ المصنِّفُ ، والشارحُ ، صحةَ شرطِ أن لا يسافرَ . وقدم ابنُ رزِّينَ بطلانَ شرطِ عدمِ سفره ، وصحةَ شرطِ عدمِ السؤالِ . وقال أبو الخطاب : يصحُّ إذا شرطَ أن لا يسافرَ ، ولا يصحُّ شرطُ أن لا يأخذَ الصدقةَ . وقال القاضي : لا يصحُّ إذا شرطَ أن لا يسافرَ . وقال في « الجامع » ، والشَّريفُ وأبو الخطاب في « خلافيهما » ، والشَّيرازيُّ : يصحُّ شرطُ أن لا يسافرَ . وقال أبو بكرٍ : إذا رآه يسألُ مرَّةً في مرَّةٍ ، عَجَّزَهُ ، كما لو حلَّ نجمٌ في نجمٍ ، عَجَّزَهُ . فاعتبرَ المخالفةَ في مرَّتَيْنِ كحلُولِ نجمَيْنِ ، وصحَّحَ الشرطُ . فعلى القولِ بصحةِ الشرطِ ، إذا خالفَ كان لسيِّده تعجيزُهُ . على الصحيحِ من المذهبِ . وقيل : يملكُ تعجيزَهُ بسفره إذا لم يُمكنْ رُدُّهُ . وأطلقهما في « الشرح » . وإن أمكنَ رُدُّهُ ، لم يملكُ تعجيزَهُ . جزم به في « الفروع » وغيره .

الشرح الكبير عليه الصلاة والسلام : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . ولأنَّ له في هذا فائدةٌ وغَرْضًا صَحِيحًا ، وهو أن لا يكونَ كَلًّا على الناسِ ، ولا يُطْعِمَهُ مِنْ صَدَقَتِهِمْ وَأَوْسَاحِهِمْ . وذكرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ لِلْمُكَاتِبِ سَهْمًا مِنَ الصَّدَقَةِ ، بقوله تعالى : ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ﴾ ^(١) . وهم المُكَاتِبُونَ ، فلا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُ تَرْكِ طَلَبِ مَا جَعَلَهُ اللَّهُ لَهُ .

٢٩٩٢ - مسألة : وله الإنفاقُ على نَفْسِهِ وولَدِهِ ورَقِيقِهِ ، وكلِّ ما فيه صلاحُ المالِ ؛ لِأَنَّ له التَّصَرُّفَ في المالِ بما يَعُودُ بِمَصْلَحَتِهِ وَمَصْلَحَةِ مَالِهِ ، والإنفاقِ على نَفْسِهِ وولَدِهِ ورَقِيقِهِ مِنْ أَهْمِ الْمَصَالِحِ ، فيُنْفِقُ عَلَيْهِمْ ما يحتاجون إليه ؛ مِنْ ما كُلِّهِمْ ومَشْرِيبِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ بِالْمَعْرُوفِ ، ممَّا لَا غِنَى لَهُمْ عَنْهُ ، والحيوانِ الذی له . وله تَأْدِيبُ عَبِيدِهِ وتعْزِيرُهُمْ ، إِذَا فَعَلُوا ما يَسْتَحِقُّونَ ذلك ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ مِلْكِهِ ، فَمَلَكُهُ ، كالتَّفَقُّعِ عَلَيْهِمْ ، وَلَا يَمْلِكُ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ وَلايَةٍ ، وما هو مِنْ أَهْلِهَا . وله أَنْ يَخْتِنَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَتِهِمْ . وله الْمُطَالَبَةُ بِالشُّفْعَةِ ، والأَخْذُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ شِرَاءٍ ، فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرَى لِلشَّقْصِ سَيِّدَهُ فَلَهُ أَخْذُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ . وَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتِبُ شَقْصًا لِسَيِّدِهِ فِيهِ شَرِكَةٌ ، فَلَهُ أَخْذُهُ مِنَ الْمُكَاتِبِ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ سَيِّدِهِ فِي بَابِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ كالأَجْنَبِيِّ .

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ، وَلَا يَتَسَرَّى ، وَلَا يُتَبَرَّعَ ، وَلَا يُقْرِضَ ، وَلَا يُحَابَى ، وَلَا يُقْتَصَّ مِنْ عَبْدِهِ الْجَانِي عَلَى بَعْضِ رَقِيقِهِ ، وَلَا يُعْتَقَ وَلَا يُكَاتَبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَوَلَاءُ مَنْ يُعْتَقُهُ وَيُكَاتِبُهُ [١٩٦ ط] لِسَيِّدِهِ .

الشرح الكبير وإن وَجِبَتْ للسيد على مكاتبه شُفْعَةٌ ، فَادَّعَى الْمُكَاتَبُ أَنَّ سَيِّدَهُ عَفَا عَنْهَا ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ . وَإِنْ أَنْكَرَهُ السَّيِّدُ ، كَانَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ . وَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ لِمُكَاتِبِهِ فِي الْبَيْعِ بِالْمَحَابَةِ ، صَحَّ مِنْهُ ، وَكَانَ لِسَيِّدِهِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ بِالْمَحَابَةِ مَعَ إِذْنِ^(١) سَيِّدِهِ فِيهِ صَحِيحٌ . وَيَصَحُّ إِقْرَارُ الْمُكَاتَبِ بِالْبَيْعِ وَالشُّرَاءِ وَالْعَيْبِ وَالذِّينِ ؛ لِأَنَّهُ يَصَحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِذَلِكَ ، وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ الْإِقْرَارَ بِهِ .

٢٩٩٣ - مسألة : (وليس له أَنْ يَتَزَوَّجَ ، وَلَا يَتَسَرَّى ، وَلَا يُتَبَرَّعَ ، وَلَا يُقْرِضَ ، وَلَا يُحَابَى ، وَلَا يُقْتَصَّ مِنْ عَبْدِهِ الْجَانِي عَلَى بَعْضِ رَقِيقِهِ ، وَلَا يُعْتَقَ وَلَا يُكَاتَبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، [٣٩/٦ ط] وَوَلَاءُ مَنْ يُعْتَقُهُ وَيُكَاتِبُهُ لِسَيِّدِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ .

قوله : وليس له أَنْ يَتَزَوَّجَ ، وَلَا يَتَسَرَّى ، وَلَا يُتَبَرَّعَ ، وَلَا يُقْرِضَ ، وَلَا يُحَابَى ، وَلَا يُقْتَصَّ مِنْ عَبْدِهِ الْجَانِي عَلَى بَعْضِ رَقِيقِهِ ، وَلَا يُعْتَقَ وَلَا يُكَاتَبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . لَا يَتَزَوَّجُ الْمُكَاتَبُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ

(١) سقط من : م .

وهو قولُ الحسنِ ، ومالكٍ ، والليثِ ، وأبي حنيفةَ ، والشافعيِّ ، وأبي يوسفَ . وقال الحسنُ بنُ صالحٍ : له ذلك ؛ لأنه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، أَشْبَهُ الْبَيْعِ . ولنا ، قولُ النبي ﷺ : « أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ^(١) فَهُوَ عَاهِرٌ » ^(٢) . ولأنَّ على السيدِ فيه ^(٣) ضَرَرًا ؛ لأنه إن عَجَزَ رَجَعَ إِلَيْهِ نَاقِصَ الْقِيَمَةِ ، وَيَحْتَاجُ أَنْ يُؤَدَّى الْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ مِنْ كَسْبِهِ ، فَيَعْجُزُ عَنْ أَدَاءِ نُجُومِهِ ، فَيُمنَعُ مِنْ ذَلِكَ ، كالتَّبَرُّعِ بِهِ . فعلى هذا ، إذا تَزَوَّجَ لَمْ يَصَحَّ . وقال الثَّوْرِيُّ : نِكَاحُهُ مَوْقُوفٌ ، إِنْ أَدَّى تَبَيَّنَّا أَنَّهُ كَانَ صَاحِبًا ، وَإِنْ عَجَزَ فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ . ولنا ، الخبرُ ، ولأنَّه تَصَرَّفَ مُنْعَ مِنْهُ لِلضَّرَرِ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَالْهَبَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَعَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ ، يُؤَدَّى مِنْ كَسْبِهِ ، كَجِنَايَتِهِ . فَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ ، لِحَقِّهِ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ . فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ حُرَّةً فَهُوَ حُرٌّ . وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَهُوَ رَقِيقٌ لِسَيِّدِهَا . فَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ

عَامَّتُهُمْ . قُلْتُ : قَطَعَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « مَوْلَاهُ » .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي نِكَاحِ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٤٨٠/١ . وَالثِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي نِكَاحِ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٣١/٥ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي بَابِ فِي الْعَبْدِ يَتَزَوَّجُ بِغَيْرِ إِذْنٍ مِنْ سَيِّدِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٥٢/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٠١/٣ ، ٣٧٧ كُلُّهُمِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ . وَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، فِي : بَابِ تَزْوِيجِ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٦٣٠/١ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

الشرح الكبير

في النكاح صَحَّ ، في قول الجميع ؛ فَإِنَّ الْخَبَرَ يَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ إِذَا أُذِنَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ نِكَاحِهِ لِحَقِّ السَّيِّدِ ، فَإِذَا أُذِنَ فِيهِ زَالَ الْمَانِعُ .
وقياسًا على ما إذا أُذِنَ لِعَبْدِهِ الْقِنْ .

فصل : وليس له التَّسَرُّى بغير إذن سيده ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ نَاقِصٌ . وقال الزُّهْرِيُّ : لَا يَتَّبِعِي لِأَهْلِهِ أَنْ يَمْنَعُوهُ مِنَ التَّسَرُّى . ولَنَا ، أَنَّ عَلَى السَّيِّدِ فِيهِ ضَرَرًا ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كالتزويج . وبيان الضَّرَرِ ، أَنَّهُ رَبُّمَا أَحْبَلَهَا ، وَالْحَمْلُ عَيْبٌ فِي بَنَاتِ آدَمَ ، وَرَبُّمَا تَلَفَتْ ، وَرَبُّمَا وَلَدَتْ فَصَارَتْ أُمًّا وَلَدٌ ، يَمْتَنِعُ عَلَيْهِ بَيْعُهَا فِي آدَاءِ كِتَابَتِهِ ، فَإِنْ عَجَزَ ^(١) رَجَعَتْ إِلَى سَيِّدِهِ ^(٢) نَاقِصَةً . وَإِذَا مُنِعَ مِنَ التَّزْوِيجِ لَضَرَرِهِ ، فَهَذَا أَوْلَى . فَإِنْ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ جَازَ . وقال الشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ . فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ يَضُرُّ بِهِ ، وَرَبُّمَا أَفْضَى إِلَى مَنْعِهِ مِنَ الْعِتْقِ ، فَلَمْ يَجْزُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ^(٣) نَاقِصُ الْمِلْكِ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ التَّسَرُّى ، كَوَطْءِ الْجَارِيَةِ الْمَشْتَرَكَةِ . وَلَنَا عَلَى الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ ^(٤) لَوْ أُذِنَ لِعَبْدِهِ الْقِنْ فِي التَّسَرُّى جَازَ ، فَالْمُكَاتَبُ ^(٥) أَوْلَى . وَلِأَنَّ الْمَنْعَ كَانَ

و « الْوَجِيزِ » ، و « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفَائِقِ » ،
وغيرهم . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، و « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ
بغير إذنه ، بخلاف المُكَاتَبَةِ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَنَقَلَهُ إِبْرَاهِيمُ الْحَرَبِيُّ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَجَزَتْ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « السَّيِّدِ » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي م : « فَلِلْمُكَاتَبِ » .

الشرح الكبير (الضرر السيد^(١) ، فجاز بإذنه كالتزويج . إذا ثبت هذا ، فإنه إن تسرى بإذن سيده أو بغير إذنه ، فلا حد عليه ؛ لشبهة الملك ، ولا مهر عليه ؛ لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب على الإنسان شيء لنفسه . فإن ولدت فالنسب لاجئ به ؛ لأن الحد إذا سقط للشبهة لحقه النسب ، ويكون الولد مملوكاً له ؛ لأنه ابن أمته ، ولا يعتق عليه ، لأن ملكه غير تام ، وليس له بيعه ؛ لأنه ولد ، ويكون موقوفاً على كتابته . فإن أدى عتق وعتق الولد ؛ لأنه ملك لأبيه الحر ، وإن عجز وعاد إلى الرق ، فولده رقيقاً أيضاً ، ويكونان مملوكين للسيد .

فصل : وليس له^(٢) أن يزوجه عبده وإماءه [٣٩/٦ ظ] بغير إذن سيده . وهذا قول الشافعي ، وابن المنذر . وذكر عن مالك ، أن له ذلك ، إذا كان على وجه النظر ؛ لأنه عقد على منفعة ، فملكه ، كالإجارة . وحكى عن القاضي أنه قال في « الخصال » : له تزويج الأمة دون العبد ؛ لأنه يأخذ عوضاً عن تزويجها ، بخلاف العبد ، ولأنه عقد على منافعتها ، أشبه إيجارتها . ولنا ، أن على السيد فيه^(٣) ضرراً ؛ لأنه إن

الإنصاف **فائدة :** ليس للمكاتب أن يزوجه رقيقه إلا بإذن سيده . على الصحيح من المذهب . جزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ،

(١ - ١) في م : « لأجل الضرر بالسيد » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) في الأصل : « ضرراً لأنه » .

زَوْجَ الْعَبْدِ لَزِمَتْهُ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ وَمَهْرُهَا ، وَشَعْلُهُ بِحَقِّ النِّكَاحِ ، وَنَقَصَ قِيمَتَهُ ، وَإِنْ زَوْجُ الْأَمَةِ مَلَكَ الزَّوْجُ بُضْعَهَا ، وَنَقَصَتْ قِيمَتُهَا ، وَقُلْتُ الرِّغَابُ^(١) فِيهَا . وَرَبُّمَا امْتَنَعَ بَيْنَهُمَا بِالْكُلِّيَّةِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ جِهَاتِ الْمَكَاسِبِ ، فَرَبُّمَا أَعْجَزَهُ ذَلِكَ عَنْ أَدَاءِ نُجُومِهِ ، وَإِنْ عَجَزَ عَادَرَقِيًّا لِلْسَيِّدِ مَعَ مَا تَعَلَّقَ بِهِمْ مِنَ الْحَقُوقِ وَلِحَقِّهِمْ مِنَ النَّقْصِ . وَفَارَقَ الْإِجَارَةَ ؛ فَإِنَّهَا مِنْ جِهَاتِ الْمَكَاسِبِ عَادَةً . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ وَجَبَ تَزْوِيجُهُمْ لَطَلْبِهِمْ ذَلِكَ^(٢) وَحَاجَتِهِمْ إِلَيْهِ ، بِاعْتِهَامِهِمْ ، فَإِنَّ الْعَبْدَ مَتَى طَلَبَ التَّزْوِيجَ خَيْرٌ سَيِّدُهُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَتَزْوِيجِهِ ، وَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ فِي ذَلِكَ جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، وَالْمَنْعَ مِنْهُ .

فصل : وليس له استهلاك ماله ولا هيبته . وبهذا^(٣) قال الحسن ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه مخالفاً^(٤) ؛ لِأَنَّ حَقَّ سَيِّدِهِ لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَعْجِزُ فَيَعُودُ إِلَيْهِ ، وَلِأَنَّ

وَنَصَرَاهُ ، وَصَحَّحَهُ فِي « الْكَافِي » . وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ . اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَقِيلَ : لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ الْأَمَةَ دُونَ الْعَبْدِ . حَكَاهُ الْقَاضِي فِي « خِصَالِهِ » . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَلَيْسَ لِلْمُكَاتِبِ أَنْ يَتَسَرَّى إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . عَلَى

(١) فِي الْأَصْلِ : « الرِّغَابِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « لِذَلِكَ » .

(٣) فِي م : « بِهِ » .

(٤) فِي م : « خِلَافًا » .

القَصْدَ مِنَ الْكِتَابَةِ تَحْصِيلُ الْعِثْقِ بِالْأَدَاءِ ، وَهَبَةُ مَالِهِ تُفَوَّتُ ذَلِكَ ، وَتَجُوزُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَفُوتُ الْمَقْصُودُ بِالْكِتَابَةِ . وَعَنِ الشَّافِعِيِّ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَقَّ لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، فَجَازَ بَاتِّفَاقِهِمَا ، كَالرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهَنِ . وَلَا تَصِحُّ الْهَبَةُ بِالثَّوَابِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : تَصِحُّ ؛ لِأَنَّ فِيهَا مُعَاوَضَةً . وَلَنَا ، أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي تَقْدِيرِ الثَّوَابِ يُوجِبُ الْعَرَرَ ، وَلِأَنَّ عَوَضَهَا يَتَأَخَّرُ ، فَهُوَ كَالْبَيْعِ نَسِئَةً . وَإِنْ أَذِنَ «السَّيِّدُ فِيهَا» جَازَتْ ، وَلِذَلِكَ إِنْ وَهَبَ لِسَيِّدِهِ أَوْ لِابْنِ سَيِّدِهِ الصَّغِيرِ جَازَ ؛ لِأَنَّ قَبُولَهُ لِلْهَبَةِ إِذْنٌ فِيهَا . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحَايِيَ فِي الْبَيْعِ ، وَلَا يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ لِلْمَالِ عَلَى سَيِّدِهِ ، فَأُشْبِهَ الْهَبَةَ . وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعِيرَ دَابَّتَهُ ، وَلَا يُهْدِيَ هَدِيَّةً . وَأَجَازَ ذَلِكَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ إِعَارَةِ دَابَّتِهِ وَهَدِيَّةِ الْمَأْكُولِ ، وَدُعَائِهِ إِلَيْهِ ، كَالْمَأْدُونِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَنْحَطُّ عَنْ دَرَجَتِهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ تَبَرُّعٌ

الشرح الكبير

الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الرُّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«النَّظْمِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَ«الْفَائِقِ» ، وَغَيْرِهِمْ . ^(١) وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» . وَعَنهُ ، الْمَنْعُ . وَعَنهُ ، عَكْسُهُ . ذَكَرَهُمَا فِي «الْفُرُوعِ» ، وَلَمْ أَرَاهُمَا فِي غَيْرِهِ ^(٢) . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَبَرَّعَ وَلَا يُقْرِضَ وَلَا يُحَايِيَ ، إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، بِإِخْلَافِ

الإنصاف

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ السَّيِّدُ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : ط .

بِمَالِهِ ، فَلَمْ يَجْزْ ، كَالِهَبَةِ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِمَالِهِ ، وَلَا يَحْطَّ عَنْ الْمُشْتَرَى شَيْئًا ، وَلَا يُقْرِضَ ، لِأَنَّهُ يُعَرِّضُهُ لِلِإِتْلَافِ ، وَلَا يَضْمَنَ ، وَلَا يَتَكَفَّلَ بِأَخْذِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ بِمَالِهِ ، فَهُوَ كَالِهَبَةِ ، وَلَا يَقْتَصُّ^(١) مِنْ عَبْدِهِ الْجَانِي عَلَى بَعْضِ رَقِيقِهِ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ^(٢) وَأَبُو الْخَطَّابِ^(٣) ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِتْلَافَ الْمَالِ عَلَى سَيِّدِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ^(١) مِنَ الْجُنَاقَةِ عَلَيْهِ وَعَلَى رَقِيقِهِ ، وَيَأْخُذَ الْأَرْضَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَصْلَحَتَهُ .

فصل : وَلَا يُعْتَقُ رَقِيقُهُ إِلَّا بِإِذْنِ [٤٠/٦] سَيِّدِهِ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَى سَيِّدِهِ بِتَقْوِيَةِ مَالِهِ فِيمَا لَا يَحْصُلُ لَهُ بِهِ مَالٌ ، أَشْبَهَ الْهَبَةَ . فَإِنْ أَعْتَقَ لَمْ يَصِحَّ إِعْتَاقُهُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ وَيَقِفَ عَلَى إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هُوَ مَوْقُوفٌ عَلَى آخِرِ أَمْرِ الْمُكَاتَبِ ، فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ مُعْتَقُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ رَقٌّ .

أَعْلَمُهُ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْ عَبْدِهِ الْجَانِي عَلَى بَعْضِ رَقِيقِهِ ، إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « مُنْتَخَبِ الْأَدْمِيِّ » . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » . وَقِيلَ : يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَقْبِضُ » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : م .

الشرح الكبير قال القاضى : هذا قياسُ المذهب ، كَقَوْلِنَا فى ذَوَى الأَرْحَامِ أَنَّهُمْ مَوْقُوفُونَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَالْهَبَةِ . وَلَأنَّهُ تَصَرُّفٌ تَصَرُّفًا مُنْعَ مِنْهُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَسَائِرِ مَا مُنْعَ مِنْهُ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى ذَوَى أَرْحَامِهِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُمْ لَيْسَ بِتَصَرُّفٍ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا يُعْتَقُّهُمْ الشَّرْعُ عَلَى مَالِكِهِمْ بِمِلْكِهِمْ ، وَالمُكَاتَبُ مِلْكُهُ نَاقِصٌ ، فَلَمْ يُعْتَقُوا بِهِ ، فَإِذَا عَتَقَ كَمَلَّ مِلْكُهُ ، فَعَتَقُوا حِينَئِذٍ . وَالمُعْتَقُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِالْإِعْتَاقِ الَّذِى كَانَ بَاطِلًا ، فَلَا تَتَبَيَّنُ صِحَّتُهُ إِذَا كَمَلَّ المِلْكُ ؛ لِأَنَّ كَمَالَ المِلْكِ فى الثَّانِى لَا يُوجِبُ كَوْنَهُ كَامِلًا حِينَ الإِعْتَاقِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَصِحُّ سَائِرُ تَبَرُّعَاتِهِ بِأَدَائِهِ ، فَإِنْ أُذِنَ فِيهِ سَيِّدُهُ صَحَّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فى أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ تَبَرُّعَهُ بِمَالِهِ يُقَوِّتُ المَقْصُودَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَهُوَ العِتْقُ

الإِنصاف « المُحَرَّرِ » ، وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِى الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَأَمَّا العِتْقُ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يُعْتَقَهُ مَجَّانًا ، أَوْ عَلَى عَوَضٍ فى ذِمَّتِهِ ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ مَجَّانًا ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . بَلَا نِزَاعٍ . فَلَوْ خَالَفَ وَفَعَلَ ، فَالْعِتْقُ بَاطِلٌ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ فى « الْفَائِقِ » . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِى : عِتْقُهُ مَوْقُوفٌ عَلَى انْتِهَاءِ الْكِتَابَةِ ؛ فَإِنْ عَتَقَ عَتَقُوا ، وَإِنْ رَقَّ رَقُوا ، كَمَا لَوْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مِنْهُ . وَخَرَجَ وَقَفَّهُ عَلَى رِضَا السَّيِّدِ . قَالَ فى « الْفَائِقِ » . وَإِنْ أَعْتَقَهُ بِمَالٍ فى ذِمَّتِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وَهُوَ المَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَا جَزَمَ بِهِ فى « الْهِدَايَةِ » ، وَ « المَذْهَبِ » ، وَ « المُسْتَوْعِبِ » ، وَ « المُعْنَى » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فى « الْوَجِيزِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِى ، يَجُوزُ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ إِذَا رَأَاهُ مُصْلَحَةً لَهُ .

الذى هو حق لله تعالى أو فيه حق له ، فلا يجوز تفويضه ، ولأن العتق لا ينفك من الولاء ، وليس من أهله ، ولأن ملك المكاتب ناقص ، والسيد لا يملك إعتاق ما فى يده ولا هبته ، فلم يصح إذنه فيه . ولنا ، أن الحق لا يخرج عنهما ، فإذا اتفقا على التبرع به جاز ، كالراهن والمرتهن . وما ذكره ينطّل بالنكاح ؛ فإنه لا يملكه ولا يملكه السيد عليه ، وإذا أذن فيه جاز . وأما الولاء فإنه يكون موقوفاً ؛ فإن عتق^(١) المكاتب كان^(٢) له ، وإلا فهو لسيدته ، كما يرق ممالكه من ذوى أرحامه . هذا قول القاضى . وقال أبو بكر : يكون لسيدته ؛ لأن^(٣) إعتاقه إنما صح^(٤) بإذن سيده ، فكان كنائبه .

وأطلقهما فى « المحرر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « النظم » . وأما المكاتبه ، فليس له ذلك إلا بإذن سيده . وهو أحد الوجهين ، وهو المذهب . جزم به فى « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه فى « الكافى » ، و « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفائق » . والوجه الثانى ، يجوز . اختاره القاضى ، وأبو الخطاب فى « رءوس المسائل » . وأطلقهما فى « المحرر » ، و « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « النظم » . وقال أبو بكر : هو موقوف ، كقوله فى العتق المنجز .

(١) فى الأصل : « أعتق » .

(٢) فى م : « لأن » .

(٣) فى م : « كان » .

(٤) فى الأصل : « يصح » .

فصل : قال شيخنا^(١) : وليس له أن يحجَّ إذا احتاجَ إلى إنفاقِ ماله فيه . وذكرَ في كتابِ الاعتكافِ^(٢) ، أنَّ له أن يحجَّ بغيرِ إذنِ سيده ؛ لأنَّه كالحرِّ المدينِ^(٣) . ونقل الميمونيُّ عن أحمد ، أن للمكاتبِ أن يحجَّ من المالِ الذي جمعه إذا لم يأتِ نجْمُه . قال شيخنا^(٤) : وذلك مَحْمُولٌ على أنَّه يحجُّ بإذنِ سيده ، أمَّا بغيرِ إذنه فلا يجوزُ ؛ لأنَّه تبرُّعٌ بما يُنفقُ ماله فيه ، فلم يجوزْ ، كالعتقِ . فأما إن أمكنه الحجُّ من غيرِ إنفاقِ ماله ، كالذي يتبرَّعُ له إنسانٌ بإحجاجه ، أو يخدمُ من يُنفقُ عليه ، فيجوزُ إذا لم يأتِ نجْمُه ؛ لأنَّ هذا يجري مجرى ترْكِهِ المكسَبِ^(٥) ، وليس ذلك ممَّا يُمنعُ منه .

فائدة : قال المصنِّفُ في « المُعْنَى » ، و « الكافي » هنا : ليس له أن يحجَّ إن احتاجَ إلى الإنفاقِ من ماله فيه . وذكر المصنِّفُ أيضًا في « المُقْنِع » في بابِ الاعتكافِ ، له أن يحجَّ بغيرِ إذنِ سيده ؛ لأنَّه كالحرِّ المدينِ . وقدمه في « الفروع » ، و « الرُّعايَةِ الصُّغْرَى » هناك . ونقل الميمونيُّ ، له أن يحجَّ من المالِ الذي جمعه [١٤٩/٣ ط] ، ما لم يأتِ نجْمُه . قال المصنِّفُ ، والقاضي ، وابنُ عقيل : هذه الروايةُ محمولةٌ على أنَّه يحجُّ بإذنِ سيده ، وأمَّا بغيرِ إذنه ، فلا يجوزُ . انتهى . قال في « المُحرَّرِ » ، و « الرُّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « النَّظْمِ » ، و « المُنَوَّرِ » ،

(١) في : المغنى ١٤/٤٨٢ .

(٢) في الأصل : « الإعتاق » . وانظر ما تقدم في ٧/٥٧٣ ، ٥٧٤ في كتاب الاعتكاف .

(٣) في الأصل : « المدين » .

(٤) في المغنى ١٤/٤٨٢ .

(٥) في الأصل : « المكتسب » .

الشرح الكبير

فصل : وليس للمُكَاتَبِ أَنْ يُكَاتِبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وهذا قولُ الحسنِ ، والشافعيُّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ نَوْعُ إِعْتَاقٍ ، فلم تَجُزْ مِنَ الْمُكَاتَبِ ، كَالْمُنَجَّرِ . ولأنَّه لا يَمْلِكُ الْإِعْتَاقَ ، فلم يَمْلِكِ الْكِتَابَةَ ، كَالْمَأْذُونِ واختار^(١) القاضي جوازَ الْكِتَابَةِ . وهو الذي ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، في « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . وهو قولُ مالِكٍ ، وأبى [٤٠/٦ ط] حنيفة ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ مُعَاوَضَةٍ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ . وقال أبو بكرٍ : هو مَوْقُوفٌ . كَقَوْلِهِ فِي الْعِتْقِ الْمُنَجَّرِ ، فَإِنْ أَذِنَ فِيهَا السَّيِّدُ صَحَّتْ . وقال الشافعيُّ : فيها قولان . وقد ذَكَرْنَا ذَلِكَ فيما تَقَدَّمَ .

٢٩٩٤ - مسألة : (وولاءٌ مَنْ يُعْتَقَهُ وَيُكَاتِبُهُ لِسَيِّدِهِ) إذا كَاتَبَ عَبْدَهُ فَعَجَزَا جَمِيعًا صَارَا رَقِيقَيْنِ لِلْسَيِّدِ . وإن أدَّى الْمُكَاتَبُ الْأَوَّلَ ، ثم

و « تَجَرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وغيرهم ، في بابِ الْإِعْتِكَافِ : وَيُحْجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، ما لم يَحِلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ فِي غَيْبَتِهِ . نصٌّ عليه . انتهى . فقطعوا بذلك . وقال في « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وفي جَوَازِ حَجِّهِ بِمَالٍ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ رِوَايَتَانِ . قال في « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْفَائِقِ » في هذا البابِ : وفي جَوَازِ حَجِّهِ بِمَالِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ رِوَايَتَانِ . وعنه ، له الْحَجُّ بِلا إِذْنِهِ . وعنه ، ما لم يَحِلَّ نَجْمٌ . قال في « الْفُرُوعِ » : وله الْحَجُّ بِمَالِهِ ما لم يَحِلَّ نَجْمٌ . وقيل : مُطْلَقًا . وأُطْلِقَ فِي « التَّرْغِيبِ » وغيرِهِ . وقالوا : نصٌّ عليه . وتقدَّمَ بعضُ ذَلِكَ في أَوَّلِ كِتَابِ الْإِعْتِكَافِ .

قوله : وولاءٌ مَنْ يُعْتَقَهُ وَيُكَاتِبُهُ لِسَيِّدِهِ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا . جَزَمَ بِهِ فِي

(١) في م : « اختيار » .

أَدَّى الثَّانِي ، فَوَلَاءُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمُكَاتِبِهِ . وَإِنْ أَدَّى الْأَوَّلُ وَعَجَزَ الثَّانِي صَارَ رَقِيقًا لِلأَوَّلِ . وَإِنْ عَجَزَ الْأَوَّلُ وَأَدَّى الثَّانِي فَوَلَاءُهُ لِلسَّيِّدِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ عِتْقِ الْأَوَّلِ عَتَقَ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَوَلَاءُهُ لِلسَّيِّدِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَنْفَكُ عَنِ الْوَلَاءِ . وَالْوَلَاءُ لَا يُوقَفُ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ يُورَثُ بِهِ ، فَهُوَ كَالنَّسَبِ ، وَلِأَنَّ الْمِيرَاثَ لَا يَقِفُ ، كَذَلِكَ سَبَبُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ مَوْقُوفٌ ؛ إِنْ أَدَّى عَتَقَ وَالْوَلَاءُ لَهُ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلسَّيِّدِ . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(١) . وَلِأَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ بِمِلْكٍ لَهُ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَى مَنْ لَمْ يَعْتِقْ فِي مِلْكِهِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَجُوزُ أَنْ يَقِفَ كَمَا لَمْ يَقِفِ النَّسَبُ وَالْمِيرَاثُ . لَيْسَ كَذَلِكَ ؛ فَإِنَّ النَّسَبَ يَقِفُ عَلَى بُلُوغِ الْغُلَامِ وَإِنْسَابِهِ إِذَا لَمْ تُلْحَقْهُ الْقَافَةُ بِأَحَدِ الْوَاطِئِينَ ، وَكَذَلِكَ الْمِيرَاثُ يُوقَفُ ، عَلَى أَنَّ^(٢) الْفَرْقَ بَيْنَ النَّسَبِ وَالْمِيرَاثِ وَبَيْنَ الْوَلَاءِ ، أَنَّ الْوَلَاءَ يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ لِشَخْصٍ ثُمَّ يَنْتَقِلَ ، وَهُوَ مَا يَجْرُهُ مَوْلَى الْأَبِ مِنْ مَوْلَى الْأُمِّ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مَوْقُوفًا . وَالنَّسَبُ وَالْمِيرَاثُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . فَإِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ ، وَقُلْنَا : الْوَلَاءُ لِلسَّيِّدِ . وَرِثَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ مَوْقُوفٌ . فَمِيرَاثُهُ أَيْضًا مَوْقُوفٌ .

الإِنصَافُ « الْهِدَايَةُ » ، وَ « الْمُذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١) تقدم تخريجه في ٢٣٤/١١ ، ٢٣٥ .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وليس له أن يبيع نسيئة وإن باع السلعة بأضعاف قيمتها . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن فيه تغريراً بالمال ، وهو ممنوع منه ؛ لتعلق حق السيد به . قال القاضي : ويتخرج الجواز ، بناءً على المضارب أن له البيع نسيئة ، في إحدى الروايتين ، فيخرج ههنا مثله . وسواء أخذ ضميناً^(١) أو رهناً^(٢) أو لم يأخذ ؛ لأن العرر باق ؛ لأنه يحتمل أن يتلف الرهن ويفلس الغريم والضمين . ويحتمل أن يجوز مع الرهن والضمين ؛ لأن الوثيقة قد حصلت به ، والعوارض نادرة على خلاف الأصل . فإن باع بأكثر من قيمته حالاً ، وجعل الزيادة مؤجلة ، جاز ؛ لأن الزيادة ربح .

و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال في الإنصاف « الرعايتين » ، و « الفروع » ، و « الفائق » : إن كاتبه بإذن سيده . وقيل : الولاء للمكاتب إن عتق . زاد في « الفائق » ، مع أمن ضرر في ماله . وقال المصنف ، والشارح : إن أدى الأول ثم أدى الثاني ، فولاء كل واحد لمكاتبه ، وإن أدى الأول وعجز الثاني ، صار رقيقاً للأول ، وإن عجز الأول وأدى الثاني ، فولاه للسيد الأول ، وإن أدى الثاني قبل عتق الأول ، عتق . قال أبو بكر : وولاه للسيد . ورجحه القاضي في « الخلاف » . قاله في « القاعدة السادسة عشرة^(٣) بعد المائة » . وقال القاضي في « المجرد » : هو موقوف ؛ إن أدى عتق ، وولاه له ، وإلا فهو للسيد .

(١) في الأصل : « ضمناً » .

(٢) في م : « هيناً » .

(٣-٣) سقط من : النسخ . انظر : « القواعد الفقهية » ٢٨٦ .

المقنع وَلَا يُكْفَرُ بِالْمَالِ . وَعَنْهُ ، لَهُ ذَلِكَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ .

الشرح الكبير وإن اشترى نسيئةً جازاً ؛ لأنه لا^(١) غرر فيه . ولا يجوز أن يدفع به رهناً ؛ لأنَّ الرهنَ أمانةٌ ، وقد يتلف أو يجحده الغريمُ . وليس له أن يدفع ماله سَلَمًا^(٢) ؛ لأنه في معنى البيعِ نسيئةً . وله أن يستسلفَ في ذمِّته ؛ لأنه في معنى الشراء نسيئةً . وله أن يقترضَ ؛ لأنه يتنفع بالمالِ . وليس له أن يدفع ماله مضاربةً ؛ لأنه يسلمه إلى غيره ، فيغررُ به . وفي الرهنِ [٤١/٦ و] والمضاربةِ وجهٌ آخرُ ، أنه يجوز^(٣) . وله أن يأخذ قراضاً ؛ لأنه من أنواعِ الكسبِ . ومذهبُ الشافعيُّ في هذا الفصلِ كله على ما ذكرنا .

٢٩٩٥ - مسألة : (وَلَا يُكْفَرُ بِالْمَالِ . وعنه ، له ذلك بإذن سيده) إذا لزمَتِ المَكاتبُ كَفَّارَةٌ ظَهَارٍ ، أو جِماعٍ في رَمَضانَ ، أو قَتْلٍ ، أو كَفَّارَةٌ يَمِينٍ ، لم يَكُنْ له التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ ؛ لأنه عَبْدٌ ، ولأنَّه في حُكْمِ الْمُعْسِرِ ، بدليلِ أَنَّهُ لا تَلْزَمُهُ زَكَاةٌ ، ولا نَفَقَةُ قَرِيبٍ ، وله أَخْذُ الزَّكَاةِ لِحَاجَتِهِ . وَكَفَّارَةُ الْعَبْدِ وَالْمُعْسِرِ الصَّيَّامِ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ

الإنصاف قوله : وَلَا يُكْفَرُ بِالْمَالِ . هذا إحدَى الرواياتِ مُطْلَقًا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « النَّظْمِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَعَنْهُ ، لَهُ ذَلِكَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « سَلَمًا » .

(٣) في م : « لَا يَجُوزُ » .

الشرح الكبير

بالمال جاز ؛ لأنه بمنزلة التبرع ، ولأن المنع لحقه ، وقد أذن فيه . ولا يلزمه التكفير بالمال وإن أذن فيه السيد ؛ لأن عليه ضرراً لما يفضى إليه من تفويت حرّيته ، كما أن التبرع لا يلزمه بإذن سيده . وقال القاضي : المكاتب كالعبد القن في التكفير . ومتى أذن له سيده في التكفير بالمال^(١) أنبنى على ملك العبد بالتملك . فإن قلنا : لا يملك . لم يصحّ تكفيره بغير الصيام ، سواء أذن فيه أو لم يأذن ؛ لأنه يكفر بما ليس بمملوك له^(٢) . وإن قلنا : يملك بالتملك . صحّ تكفيره بالإطعام ، إذا أذن فيه السيد . وإن أذن له في التكفير بالعتق ، فهل يصحّ ؟ على روايتين نذكرهما في تكفير العبد ، إن شاء الله تعالى . قال شيخنا^(٣) : والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجّه في المكاتب ؛ لأنه يملك المال بغير خلاف ؛ وإنما ملكه ناقص ؛ لتعلّق حقّ سيده به ، فإذا أذن له سيده فيه ، صحّ ، كال تبرع .

و « المغنى » ، و « المحرر » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الرعايتين » . وعنه ، يكفر بالمال مطلقاً . وقال القاضي : المكاتب كالقن في التكفير ، فإن أذن له سيده في التكفير بالمال ، أنبنى على ملك العبد بالتملك ؛ فإن قلنا : لا يملك . لم يصحّ تكفيره بغير الصيام مطلقاً . وإن قلنا : يملك . صحّ بالإطعام إذا أذن فيه سيده . وإن أذن في التكفير بالعتق ، فهل يصحّ ؟ على روايتين . قال المصنّف : والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجّه في المكاتب ؛ لأنه يملك المال بغير خلاف ،

(١) سقط من الأصل .

(٢) في : المغنى ٥٣١/١٤ .

المقنع وهل له أن يرهن أو يضارب بماله ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٩٩٦ - مسألة : (وهل له أن يرهن أو يضارب ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ) أحدهما ، لا يجوز ؛ لأنَّ في دَفْعِ ماله إلى غيره تَغْرِيراً به ، وفي الرهنِ خَطَرٌ ؛ لأنَّه قد يَتَلَفُ أو يَجْحَدُهُ العَرِيمُ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . والثاني ، يجوز ؛ لأنَّه قد يَرَى الحَظَّ فيه ، بدليل أن لَوْلَى الْيَتِيمِ أن يَفْعَلَهُ في مالِ الْيَتِيمِ ، فجاز ، كما جازته .

الإنصاف

ولإنما ملكه ناقصٌ ؛ لتعلُّقِ حقِّ السَّيِّدِ به ، فإذا أذن له ، صحَّ ، كالْتَبَرُّعِ . تنبيه : حيثُ جَوَّزْنَا له التَّكْفِيرَ بالمالِ ، فإنَّه لا يلزُمه . قاله الزُّرْكَانِيُّ وغيره . قوله : وهل له أن يرهن أو يضارب بماله ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وكذا قال في « الهداية » . وأطلقهما في « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المغنى » ، و « المحرر » ، و « الشرح » ، و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « شرح ابن منجي » ؛ أحدهما ، ليس له ذلك . وهو الصَّحِيحُ . صحَّحه في « التَّصْحِيحِ » . وجزم به في « الوجيز » . وقدمه في « الكافي » . وقدمه في « الشرح » في موضعٍ آخر . والوجهُ الثاني ، له ذلك . اختاره ابنُ عَبْدِوَسَّيْهِ في « تذكيرته » .

فائدتان ؛ إحداهما ، في جوازِ بَيْعِهِ نَسَاءً ، ولو برهن ، وهَبَتْهُ بَعْوَضٍ ، وحدَّ رَقِيقَهُ ، وجهان . وأطلقهما في « الفروع » . وأطلقهما في « الرعايتين » ، و « المحرر » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » في الأولى والأخيرة . وأطلقهما في « النظم » في البَيْعِ نَسَاءً . وقدم في « المغنى » ، و « الشرح » ، أنه ليس له

وَلَيْسَ لَهُ شِرَاءُ ذَوَى رَحِمِهِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ الْمَقْنَعُ ذَلِكَ .

٢٩٩٧ - مسألة : (وليس له شراء ذوى رحمه إلا بإذن سيده) الشرح الكبير

أَنْ يَبِيعَ نِسَاءً . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » فِي الْجَمِيعِ . وَجَزَمَ فِي « الْوَجِيزِ » ، لَيْسَ لَهُ أَنْ يَهَبَ وَلَوْ بَثْوَابٍ مَجْهُولٍ ، وَلَا يَحُدَّ . وَجَزَمَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، لَيْسَ لَهُ أَنْ يَهَبَ وَلَوْ بَثْوَابٍ مَجْهُولٍ . وَجَزَمَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الْهَبَةُ بِالثَّوَابِ . وَقِيلَ : يَجُوزُ بَيْعُهُ نِسَاءً مِنْ غَيْرِ رَهْنٍ وَلَا ضَمِينٍ . فَفِي الْبَيْعِ نِسَاءً ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ ؛ الْجَوَازُ ، وَهُوَ تَخْرِيجُ الْقَاضِي مِنْ الْمُضَارِبِ . وَعَدَمُهُ . وَالْجَوَازُ بِرَهْنٍ أَوْ ضَمِينٍ . الثَّانِيَةُ ، لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ لِنَفْسِهِ مِمَّنْ جَنَى عَلَى طَرَفِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَلَا يَقْتَصُّ لِنَفْسِهِ مِنْ عَضْوٍ ، وَقِيلَ : أَوْ جُرْحٍ ، بِدُونِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْفَائِقِ » . قَالَ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » : وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالثَّلَاثِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : وَفِيهِ نَظَرٌ . وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قُلْتُ : وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ ضَعِيفٌ جِدًّا . وَقَدْ ذَكَرَ الْأَصْحَابُ [١٤٩/٣] قَاطِبَةً أَنَّ الْعَبْدَ لَوْ وَجِبَ لَهُ قِصَاصٌ ، أَنَّ لَهُ طَلَبَهُ وَالْعَفْوَ عَنْهُ ، كَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فِي آخِرِ بَابِ الْعَفْوِ عَنْ الْقِصَاصِ . فَهَذَا بِطَرِيقِ أَوْلَى وَأُخْرَى ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ : لَهُ الطَّلَبُ وَلَيْسَ لَهُ الْفِعْلُ . قُلْتُ : وَأُطْلَقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

قوله : وليس له شراء ذوى رحمه إلا بإذن سيده . هذا أحد الوجهين . قدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » . قَالَ ابْنُ مُنَجِّجٍ فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ . نَصَّ عَلَيْهِ ،

«ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُ^(١) تَصَرَّفُ يُوَدِّي إِلَى إِتْلَافِ مَالِهِ ، لِأَنَّهُ يُخْرِجُ مِنْ مَالِهِ مَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ فِي مُقَابَلَةِ مَا لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، أَشْبَهَ الْهَبَةَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . (وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ) وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَمْلُوكًا لَا ضَرَرَ عَلَى السَّيِّدِ فِي شِرَائِهِ ، فَصَحَّ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَبَيَّانُهُ أَنَّهُ يَأْخُذُ كَسْبَهُمْ ، وَإِنْ عَجَزَ صَارُوا رَقِيقًا لِسَيِّدِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ غَيْرُهُ ، فَصَحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَيُفَارِقُ الْهَبَةَ ؛ لِأَنَّهَا تَفَوَّتُ الْمَالَ بِغَيْرِ عَوَضٍ وَلَا نَفْعٍ يَرْجِعُ إِلَى الْمُكَاتَبِ^(٢) وَلَا السَّيِّدِ^(٣) . وَلِأَنَّ السَّبَبَ تَحَقَّقَ ، وَهُوَ صُدُورُ التَّصَرُّفِ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، وَلَمْ يَتَحَقَّقِ الْمَانِعُ ؛ لِأَنَّ مَا ذَكَرُوهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا لَهُ أَصْلٌ يُقَاسُ عَلَيْهِ . فَإِنْ أُذِنَ فِيهِ سَيِّدُهُ جَازَ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الْمَنَعَ لِحَقِّ سَيِّدِهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : فِيهِ قَوْلَانِ .

وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْأَشْهُرُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي » الصَّغِيرِ : « وَلَهُ شِرَاءُ ذَوِي رَحِمِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَإِلَيْهِ مِثْلُ الشَّارِحِ . وَقُطِعَ بِهِ الشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » . وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » .

(١ - ١) زيادة من : الأصل .

(٢ - ٢) في م : « ولاء السيد » .

وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهُمْ إِذَا وَهَبُوا لَهُ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِمْ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ الْمَقْنَعُ بِمَالِهِ .

[٤١/٦ ط] ٢٩٩٨ - مسألة : (وله أن يَقْبَلَهُمْ إِذَا وَهَبُوا لَهُ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِمْ) لَأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ شِرَاءَهُمْ مَعَ مَا فِيهِ مِنْ بَذْلِ^(١) مَالِهِ ، فَلَأَن يَجُوزَ بغيرِ عَوْضٍ أَوَّلَى . وَعِنْدَ مَنْ لَا يَرَى جَوَازَ شِرَائِهِمْ بغيرِ إِذْنِ السَّيِّدِ ، لَا يَجُوزُ قَبُولُهُمْ ، إِلَّا (إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ بِمَالِهِ) كَمَا قَالُوا فِي وَلِيِّ اللَّيْتِيمِ إِذَا وَصَّى لِلْيَتِيمِ بِمَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ .

الإنصاف قوله : وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهُمْ إِذَا وَهَبُوا لَهُ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِمْ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ بِمَالِهِ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَشَرَحَ عَلَى ذَلِكَ ابْنُ مُنَجَّى . وَقِيلَ : لَهُ أَنْ يَقْبَلَهُمْ فِي الْهَبَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، وَلَوْ أَضَرَّ ذَلِكَ بِمَالِهِ . وَأُطْلِقَ الْجَوَازُ ، مِنْ غَيْرِ التَّقْيِيدِ بِالضَّرَرِ ، فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » . وَهُوَ إِحْدَى نُسَخَتَيِ الْخِرْقَى . قَالَ الشَّارِحُ : وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهُمْ ؛ لَأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ شِرَاءَهُ فَلَأَن يَجُوزَ لَهُ بغيرِ عَوْضٍ أَوَّلَى . وَعِنْدَ مَنْ لَا يَرَى جَوَازَ شِرَائِهِمْ بغيرِ إِذْنِ السَّيِّدِ ، لَا يُجِيزُ قَبُولَهُمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ بِمَالِهِ .

فائدة : هل لَهُ أَنْ يَفْدِيَ ذَوِي رَحِمِهِ إِذَا جَنَوْا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَفِي « الْمُتَخَبِّ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » لَهُ ذَلِكَ ، كَالشِّرَاءِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : يَفْدِيهِ بِقِيمَتِهِ .

(١) سقط من : الأصل .

المقنع وَمتى مَلَكَهُمْ لَمْ يَكُنْ لَهُ يَبْعُهُمْ ، وَلَهُ كَسْبُهُمْ ، وَحُكْمُهُمْ حُكْمُهُ ،
فَإِنْ عَتَقَ عَتَقُوا ، وَإِنْ رَقَّ صَارُوا رَقِيقًا لِلسَّيِّدِ .

الشرح الكبير

٢٩٩٩ - مسألة : (وإذا مَلَكَهُمْ فليس له يَبْعُهُمْ) ولا هِبَتُهُمْ ، ولا
إخراجُهُمْ عن مِلْكِهِ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : له يَبْعُ مَنْ^(١) عدا الوالِدَيْنِ
والمَوْلُودَيْنِ ؛ لأنَّهُم ليست قَرَابَتُهُمْ قَرَابَةٌ جُزْئِيَّةٌ وَلَا بَعْضِيَّةٌ ، فَأَشْبَهُوا
الأجانبَ . ولنا ، أَنَّهُ ذو رَجْمٍ يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِذَا عَتَقَ ، فلا يَجُوزُ يَبْعُهُ ،
كالوالِدَيْنِ والمَوْلُودَيْنِ . ولأنَّهُ لَا يَمْلِكُ يَبْعُهُمْ إِذَا كَانَ حُرًّا ، فلا يَمْلِكُهُ
مُكَاتَبًا ، كوالِدَيْهِ .

فصل : ولا يَعْتَقُونَ بِمُجَرَّدِ مِلْكِهِ لَهُمْ ؛ لَأَنَّهُ لَوْ بَاشَرَهُم بِالْعِتْقِ أَوْ أَعْتَقَ
غَيْرَهُمْ ، لَمْ يَقَعِ الْعِتْقُ ، فَلَأَن لَّا يَقَعِ بِالشَّرَاءِ الَّذِي أُقِيمَ مُقَامَهُ أَوَّلَى . ومتى
أَدَّى وَهُمْ فِي مِلْكِهِ عَتَقُوا ؛ لَأَنَّهُ كَمَّلَ مِلْكُهُ فِيهِمْ ، وَزَالَ تَعَلُّقُ حَقِّ سَيِّدِهِ
عَنَّهُمْ ، فَعَتَقُوا حِينَئِذٍ ، وولَّوْهُم له دُونَ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا عَلَيْهِ بَعْدَ
زَوَالِ مِلْكِ سَيِّدِهِ عَنْهُ ، فَصَارُوا بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اشْتَرَاهُمْ بَعْدَ عِتْقِهِ . وَإِنْ عَجَزَ
وَرُدَّ فِي الرِّقِّ صَارُوا عَبِيدًا لِلْسَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ مَالِهِ ، فَيَصِيرُونَ لِلْسَّيِّدِ
بِعَجْزِهِ ، كَعَبِيدِهِ الْأَجَانِبِ ، (وَلَهُ كَسْبُهُمْ) لِأَنَّهُمْ مَمَالِكُهُ ، أَشْبَهَ

الإنصاف

قوله : ومتى مَلَكَهُمْ لَمْ يَكُنْ لَهُ يَبْعُهُمْ ، وَلَهُ كَسْبُهُمْ ، وَحُكْمُهُمْ حُكْمُهُ ؛ فَإِنْ
عَتَقَ عَتَقُوا ، وَإِنْ رَقَّ صَارُوا رَقِيقًا لِلْسَّيِّدِ . مُرَادُهُ بِذَلِكَ ، ذَوُّ رَجْمِهِ . وَاعْلَمْ
أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا عَتَقَ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عِتْقُهُ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِعِتْقِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « مَا » .

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي وَلَدِهِ مِنْ أُمِّهِ .

المقنع

الأجانب ، ونَفَقَتُهُمْ عليه بحكم المَلِكِ لا بِحُكْمِ القَرَابَةِ (وكذلك الحُكْمُ فِي وَلَدِهِ مِنْ أُمِّهِ) قِيَاسًا عَلَيْهِمْ .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَهُمُ السَّيِّدُ لَمْ يَعْتِقُوا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُمْ ، فَلَمْ ^(١) يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ فِيهِمْ . وَإِنْ أَعْتَقَهُمُ الْمُكَاتَبُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ لَمْ يَعْتِقُوا ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِهِمْ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ بِإِذْنِهِ عَتَقُوا ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ غَيْرُهُمْ مِنْ عَبِيدِهِ .

سَيِّدِهِ لَهُ ؛ فَإِنْ كَانَ عَتَقَهُ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، عَتَقُوا مَعَهُ ، بِلَا نِزَاعٍ ، وَإِنْ كَانَ عَتَقَهُ لِكُونِ سَيِّدِهِ أَعْتَقَهُ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُمْ يَعْتِقُونَ مَعَهُ أَيْضًا . وَهَذَا اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ ، وَإِلَيْهِ مَيْلُ الشَّارِحِ . وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُمْ لَا يَعْتِقُونَ إِذَا أَعْتَقَ السَّيِّدُ الْمُكَاتَبَ ، بَلْ يَتَّقُونَ أَرْقَاءَ لِلْسَّيِّدِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .

فائدة : يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ شِرَاءُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ . ذَكَرَهُ فِي « الْأَنْتِصَارِ » ، وَ « التَّرْغِيبِ » ، فَإِنْ عَجَزَ ، عَتَقُوا ، وَإِنْ عَتَقَ ، كَانُوا أَرْقَاءَ لَهُ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : فَيُعَايَى بِهَا .

تنبيه : ظَاهِرُ قَوْلِهِ : وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي وَلَدِهِ مِنْ أُمِّهِ . يَعْنِي ، أَنَّهُ يَعْتِقُ بَعْتَقِهِ ، أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُهُ وَلَدُهُ إِذَا كَانَ مِنْ أُمَّةٍ سَيِّدِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ : يَتَّبِعُهُ إِذَا اشْتَرَطَ ذَلِكَ . مِنْهُمْ النَّاطِمُ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « فَلَا » .

المفنع وَوَلَدَ الْمُكَاتَبَةَ الَّذِي وَلَدَتْهُ فِي الْكِتَابَةِ يَتْبَعُهَا .

الشرح الكبير

وإن أعتقه سيده عتق ، وصاروا رقيقاً للسيد ، كما لو عجز ؛ لأن كتابته تبطل بعتقه ، كما تبطل بموته . وعلى ما اختاره شيخنا يعتقون ؛ لأنه عتق قبل فسخ الكتابة ، فوجب أن يعتقوا ، كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة ، أو بأدائه ، يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم ، يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه وأكسابه ، ويبقى حق السيد في ملك رقيقه على وجه لا يزول إلا بالأداء^(١) ، أو ما يقوم مقامه ، فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب ، وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقة المكاتب ، فينفذ في ماله دون مال المكاتب . وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى . وإن مات المكاتب ولم يخلف وفاء عادوا رقيقاً . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يسعون في الكتابة على نجومها ، وكذلك^(٢) أم ولده^(٣) . وقال أبو حنيفة ، في الولد خاصة : إن جاء بالكتابة حالة قبلت منه ، وعتق . ولنا ، أنه عبد للمكاتب ، فصار بموته لسيدته إذا لم يخلف وفاء ، كالأجنبي . وإن خلف وفاء ، أنبنى على [٤٢/٦ د] الروايتين في فسخ الكتابة ، على ما تقدم .

٣٠٠٠ - مسألة : (وولد المكاتب الذي ولدته في الكتابة يتبعها)

تصح كتابة الأمة كما تصح كتابة العبد ، بغير خلاف . وقد دل عليه حديث

الإنصاف

قوله : وولد المكاتب الذي ولدته في الكتابة يتبعها . نص عليه . فإن عتقت بأداء أو إبراء ، عتق معها ، وإن عتقت بغيرهما ، لم يعتق ولدها . على الصحيح من

(١) في الأصل : « بأدائه » .

(٢-٢) في م : « أم ولده » .

بَرِيرَةَ^(١) ، وحديثُ جُوَيْرِيَةَ^(٢) بنتِ الحارثِ ، ولأنَّها داخِلَةٌ في عُمومِ قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾^(٣) . فإذا أَتَتِ الْمُكَاتَبَةُ بَوْلَدٍ مِنْ غيرِ سَيِّدِهَا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ غيرِهِ ، فهو تَابِعٌ لها ، فَإِنْ عَتَقَتْ بِالْأَدَاءِ أَوْ بِالْإِبْرَاءِ عَتَقَ ، وَإِنْ فُسِّخَتْ كِتَابَتُهَا وَعَادَتْ إِلَى الرَّقِّ ، عَادَ رَقِيقًا قَنًا . وهذا قولُ شُرَيْحٍ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، وأبي حنيفةً ، وإسحاقَ . وسواءٌ في هذا ما كان حَمَلًا حالَ الْكِتَابَةِ ، أَوْ حَدَثَ بَعْدَهَا . وقال أبو ثَوْرٍ ، وابنُ الْمُنْذِرِ : هو عَبْدٌ قَنٌ ، لا يَتَّبِعُ أُمَّه . وللشافعي قولان ، كالمَذْهَبَيْنِ . واحتجَّوا بأنَّ الْكِتَابَةَ غيرُ لازِمَةٍ مِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ ، فلا تَسْرَى إِلَى الْوَلَدِ ، كالتعليقِ بالصفة . ولنا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ سَبَبٌ ثَابِتٌ لِلْعَتَقِ لا يجوزُ إِبْطَالُهُ ، فَسَرَى إِلَى الْوَلَدِ ، كالأَسْتِيلَادِ ، ويُفَارِقُ التَّعْلِيْقَ بِالصِّفَةِ ، فَإِنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ إِبْطَالَهُ بِالْبَيْعِ .

المذهب ، وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، كَمَوْتِهَا فِي الْكِتَابَةِ . قال الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : الإِنْصَافُ وهو مُقْتَضَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وقيل : يَنْقَى مُكَاتَبًا . قال الشَّارِحُ : وهو مُقْتَضَى قَوْلِ شَيْخِنَا . قال فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْمَنْصُوصُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ .

تنبيه : ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ وَلَدَ الْمُكَاتَبَةِ ، الَّذِي وَلَدَتْهُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، لا يَتَّبِعُهَا . وهو صحيحٌ . قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . وظاهرُ كلامِهِ ،

(١) تقدم تخريجه في ٢٣٤/١١ ، ٢٣٥ .

(٢) في م : « جويرة » . والحديث تقدم تخريجه في صفحة ١٩٤ .

(٣) سورة النور ٣٣ .

إذا ثَبَتَ هذا ، فالكَلَامُ في الولدِ في فُصُولِ أَرْبَعَةٍ : في قِيمَتِهِ إذا تَلَفَ ، وفي كَسْبِهِ ، وفي نَفَقَتِهِ ، وفي عِتْقِهِ . أما قِيمَتُهُ إذا تَلَفَ ، فقال أبو بكرٍ : هي ^(١) لَأُمِّهِ ، تَسْتَعِينُ بِهَا على كِتَابَتِهَا ؛ لأنَّ السَّيِّدَ لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه مع كونه عبداً ، فلا يَسْتَحِقُّ قِيمَتَهُ ؛ لأنَّه بِمَنْزِلَةِ جُزْءٍ منها ولو جُنِيَ على جُزْءٍ منها ، كان أَرْضُهُ لها ، كذلك وَلَدُهَا ، وإذا لم يَسْتَحِقَّهَا هو كانت لَأُمِّهِ ؛ لأنَّ الحَقَّ لا يَخْرُجُ عنهما ، ولأنَّ وَلَدَهَا لو مَلَكَتْهُ بِهَبَةٍ أو شِراءٍ فَقُتِلَ ^(٢) ، كانت قِيمَتُهُ لها ، فكذلك إذا تَبِعَهَا . يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ إذا تَبِعَهَا صار حُكْمُهُ حُكْمَهَا ، فلا يَثْبُتُ مِلْكُ السَّيِّدِ في مَنَافِعِهِ ولا في أَرْضِ الجِنَايَةِ عليه ، كما لا يَثْبُتُ له ذلك فيها . وقال الشافعيُّ ، في أَحَدِ قَوْلَيْهِ : تكونُ القِيمَةُ لِسَيِّدِهَا ؛ لأنَّها لو قُتِلَتْ كانت قِيمَتُهَا لِسَيِّدِهَا ، فكذلك وَلَدُهَا . والفرقُ بينهما أَنَّ الكِتَابَةَ تَبْطُلُ بِقَتْلِهَا ، فَيَصِيرُ ^(٣) مَالُهَا لِسَيِّدِهَا ، بخِلافِ وَلَدِهَا ، فَإِنَّ العَقْدَ باقٍ بعدَ قَتْلِهِ ، فنَظِيرُ هذا إِتْلَافُ بعضِ أَعْضَائِهَا .

أَنَّها لو كانت حَامِلًا به حالَ الكِتَابَةِ ، تَبِعَهَا . وهو صحيحٌ . قطعَ به الزَّرْكَاشِيُّ وغيرُهُ .

فائدَتان ؛ إحداهما ، لو أَعْتَقَ السَّيِّدُ الولدَ دُونَها ، صحَّ عِتْقُهُ . نصَّ عليه . وقَدَّمَهُ في « الفُرُوعِ » ، و « المُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَّرَاهُ . وقيل : لا يَعْتَقُ .

(١) في الأصل : « هو » .

(٢) في الأصل : « قُتِلَ » .

(٣) سقط من : الأصل .

والْحُكْمُ فِي إِتْلَافِ بَعْضِ أَعْضَائِهِ ، كَالْحُكْمِ فِي إِتْلَافِهِ .
وَأَمَّا كَسْبُهُ وَأَرْشُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لِأُمِّهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا
جُزْءٌ مِنْهَا تَابِعٌ لَهَا ، فَأُشْبِهَ بَقِيَّةَ أَجْزَائِهَا ، وَلِأَنَّ أَدَاءَهَا لِكِتَابَتِهَا سَبَبٌ لِعِتْقِهِ
وَحُصُولِ الْحُرِّيَّةِ لَهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُصَرَّفَ ذَلِكَ فِيهِ ؛ (لِأَنَّ صَرْفَهُ فِيهِ)^(١)
بِمَنْزِلَةِ صَرْفِهِ إِلَيْهِ ، إِذْ فِي عَجْزِهَا رِقُّهُ وَفَوَاتُ كَسْبِهِ عَلَيْهِ .
وَأَمَّا نَفَقَتُهُ ، فَعَلَى أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِكَسْبِهِ ، وَكَسْبُهُ لَهَا ، وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهَا .
وَأَمَّا عِتْقُهُ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ بِأَدَائِهَا أَوْ إِبْرَائِهَا ، وَيَرِقُّ بِعَجْزِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لَهَا .
وَإِنْ مَاتَتِ الْمُكَاتَبَةُ فِي كِتَابَتِهَا بَطَلَتْ كِتَابَتُهَا ، وَعَادَ رَقِيقًا قَتْلًا ، إِلَّا أَنْ
تُخْلَفَ وَفَاءً ، فَيَكُونُ عَلَى الرَّاوِيَتَيْنِ . وَإِنْ أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا لَمْ يَعْتَقْ وَلَدُهَا ؛
لِأَنَّهُ إِنَّمَا [٤٢/٦ ظ] تَبِعَهَا فِي حُكْمِ الْكِتَابَةِ ، وَهُوَ الْعِتْقُ^(٢) بِالْأَدَاءِ ، وَمَا
حَصَلَ الْأَدَاءُ ، إِنَّمَا حَصَلَ عِتْقُهَا بِأَمْرِ^(٣) لَا يَتَّبِعُهَا فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ لَمْ^(٤)

قال القاضي : قد كان يجب أن لا ينفذ عتقه ؛ لأن فيه ضررًا بأُمِّهِ ؛ لتفويت كسبه
عليها ، فإنها كانت تستعين به في كتابتها ، ولعلَّ الإمامَ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، نفَذَ
عتقه تغليبًا للعتق . وردَّه المصنّفُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ . وتقدّم في كتاب العتق صحّةُ
عتق الجنين . الثَّانِيَةُ ، وَلَدُ بِنْتِ الْمُكَاتَبَةِ كَالْمُكَاتَبَةِ ، وَلَدُ ابْنِهَا وَلَدُ الْمُعْتَقِ
بَعْضُهَا كَالْأُمَةِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « التعلق » .

(٣) في الأصل : « بالأمر » .

(٤) سقط من : الأصل .

تَكُنْ مُكَاتَبَةً . وَمُقْتَضَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا الَّذِينَ قَالُوا : تَبْطُلُ كِتَابَتُهَا بِعِتْقِهَا .
 أَنْ يَعُودَ وَلَدُهَا رَقِيقًا . وَمُقْتَضَى قَوْلِ شَيْخِنَا ، أَنَّهُ ^(١) يَبْقَى عَلَى حُكْمِ
 الْكِتَابَةِ ، وَيَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَوْجَدْ مَا يُبْطِلُهُ ، وَإِنَّمَا سَقَطَ الْأَدَاءُ
 عَنْهَا ؛ لِحُصُولِ الْحُرِّيَّةِ بِدُونِهِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ يَتَّبِعُهَا فِي الْكِتَابَةِ ،
 وَلَا فِي يَدِهَا مَالٌ يَأْخُذُهُ ، لَمْ يَظْهَرْ حُكْمُ بَقَاءِ الْعَقْدِ ، وَلَمْ يَكُنْ فِي بَقَائِهِ
 فَائِدَةٌ ^(٢) ، فَانْتَفَى ^(٣) لَانْتِفَاءِ فَائِدَتِهِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا ^(٤) ، فِي بَقَائِهِ فَائِدَةٌ ؛
 لِإِفْضَائِهِ إِلَى عِتْقٍ وَلَدُهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَبْقَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ بِإِعْتَاقِهَا ؛
 لِأَنَّهُ جَرَى مَجْرَى إِبْرَائِهَا مِنَ الْمَالِ ، وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا عَتَقَتْ بِاسْتِيلَادٍ أَوْ
 تَذْيِيرٍ أَوْ تَعْلِيْقٍ بِصِفَةٍ ^(٥) كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَهَا ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِغَيْرِ
 الْكِتَابَةِ . وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ الْوَلَدَ دُونَهَا صَحَّ عِتْقُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي
 رَوَايَةِ مُهَنَّأَ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ ^(٦) ، فَصَحَّ عِتْقُهُ ، كَأُمِّهِ ^(٧) ، وَلَئِنْ لَوْ أَعْتَقَهُ
 مَعَهَا صَحَّ عِتْقُهُ ، وَمَنْ صَحَّ عِتْقُهُ مَعَ غَيْرِهِ صَحَّ مُفْرَدًا ، كَسَائِرِ مَمَالِكِهِ .
 قَالَ الْقَاضِي : وَقَدْ كَانَ يَجِبُ أَنْ لَا يَنْفَذَ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِأُمِّهِ ؛
 لَتَفْوِيتِ كَسْبِهِ عَلَيْهَا ، فَإِنَّهَا كَانَتْ تَسْتَعِينُ بِهِ فِي كِتَابَتِهَا ، وَلَعَلَّ أَحْمَدَ نَفَذَ
 عِتْقَهُ تَعْلِيلًا لِلْعِتْقِ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَعْتَقُ ، وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي مِنَ الضَّرَرِ لَا
 يَصِحُّ ؛ لِوُجُوهٍ : أَحَدُهَا ، أَنَّ الضَّرَرَ إِنَّمَا يَحْصُلُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ كَسْبٌ

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) في الأصل : « نصفه » .

(٤) في الأصل : « كالأمة » .

يَفْضُلُ عَنْ نَفَقَتِهِ ، فَأَمَّا مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ ، فَتَخْلِيصُهَا مِنْ نَفَقَتِهِ نَفْعٌ مَحْضٌ ، وَمَنْ لَهُ كَسْبٌ لَا يَفْضُلُ عَنْ نَفَقَتِهِ ، فَلَا ضَرَرَ فِي إِعْتَاقِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْضُلُ لَهَا مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ تَنْتَفِعُ بِهِ ، فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُقَيَّدَ الْحُكْمَ الَّذِي ذَكَرَهُ هَذَا الْقَيِّدُ . الثَّانِي ، أَنَّ التَّنْفَعَ بِكَسْبِهِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى الْكَسْبِ ، فَلَمْ يَكُنِ الضَّرَرُ بِفَوَاتِهِ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّهَا . الثَّالِثُ ، أَنَّ مُطْلَقَ الضَّرَرِ لَا يَكْفِي فِي مَنَعِ الْعِتْقِ الَّذِي تَحَقَّقَ مُقْتَضِيهِ ، مَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَصْلٌ يَشْهَدُ لَهُ بِالْإِعْتِبَارِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ أَصْلًا ، ثُمَّ هُوَ مُلْعَى بِعِتْقِ الْمُفْلِسِ وَالرَّاهِنِ وَسِرَايَةِ الْعِتْقِ إِلَى مَلِكِ الشَّرِيكِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ مَعَ وُجُودِ الضَّرَرِ بِتَفْوِيتِ الْحَقِّ اللَّازِمِ ، فَهَذَا أَوَّلَى .

فصل : فَأَمَّا وَلَدٌ وَلَدَهَا ، فَإِنَّ وَلَدَ ابْنِهَا حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْمُكَاتَبِ لَا يَتَّبِعُهُ ، وَأَمَّا وَلَدُ بِنْتِهَا فَهُوَ كِبْنَتِهَا . وَهَذَا قَالِ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَسْرَى الْكِتَابَةُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ مَعَ الْإِتِّصَالِ ، وَهَذَا وَلَدٌ مُنْفَصِلٌ ، فَلَا يَسْرَى إِلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ وَلَدَ^(١) أُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا لَا يَسْرَى إِلَيْهِ الْإِسْتِيلَادُ ، وَهَذَا الْوَلَدُ اتَّصَلَ بِأُمِّهِ دُونَ جَدَّتِهِ . وَلَبَّأ ، أَنَّ ابْنَتَهَا ثَبَّتَ^(٢) لَهَا حُكْمُهَا تَبَعًا ، فَيَجِبُ أَنْ يَثْبُتَ لَابْنَتِهَا حُكْمُهَا تَبَعًا ، كَمَا ثَبَّتَ لَهَا حُكْمُ أُمِّهَا . وَلِأَنَّ الْبِنْتَ تَبَعَتْ أُمُّهَا ، فَيَجِبُ أَنْ يَتَّبِعَهَا وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ إِتْبَاعِهَا لِأُمِّهَا مَوْجُودَةٌ فِي وَلَدِهَا ، وَلِأَنَّ [٤٣/٦] ، الْبِنْتُ تَعَلَّقَتْ بِهَا حَقَّ الْعِتْقِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَسْرَى إِلَى وَلَدِهَا ، كَالْمُكَاتَبَةِ . وَهَذَا

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « بنت » .

المقنع وَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ زَوْجَتَهُ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا . وَإِنْ اسْتَوْلَدَ أُمَّتَهُ ، فَهَلْ تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ يَمْتَنِعُ عَلَيْهِ يَبْعُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير الخِلافُ فِي وَلَدِ الْبِنْتِ التَّائِبَةِ لِأُمِّهَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَأَمَّا الْمَوْلُودَةُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، فَلَا تَدْخُلُ فِي الْكِتَابَةِ فَابْنُهَا^(١) أُولَى .

٣٠٠١ - مسألة : (وَإِنْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ) صَحَّ ، وَ (انْفَسَخَ نِكَاحُهَا) يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ شِرَاءَ امْرَأَتِهِ ، وَلِلْمُكَاتَبَةِ شِرَاءَ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ لِغَيْرِ الْمُكَاتَبِ ، (فَجَازَ لِلْمُكَاتَبِ) ، كَشِرَاءِ الْأَجَانِبِ ، وَيَنْفَسَخُ النِّكَاحُ بِذَلِكَ .^(٢) وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^(٣) : لَا يَنْفَسَخُ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَمْلِكُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّسَرُّي^(٤) ، وَلَا يَعْتَقُ وَالِدُهُ وَوَلَدُهُ إِذَا اشْتَرَاهُ ، فَأَشْبَهَ الْعَبْدَ الْقَيْنَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ يَمْلِكُ مَا اشْتَرَاهُ ،^(٥) بِدَلِيلِ أَنَّهُ تَثَبُّتُ لَهُ الشُّفْعَةُ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلِسَيِّدِهِ عَلَيْهِ ، وَيَجْرِي الرِّبَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، وَإِنَّمَا مُنِعَ التَّسَرُّي^(٦) ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِمَا فِي يَدِهِ ، كَمَا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنَ الْوَطْءِ مَعَ ثُبُوتِ مِلْكِهِ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهِ ذَوُّو رَحِمِهِ . وَإِذَا اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ مِنْهُ .

٣٠٠٢ - مسألة : (وَإِنْ اسْتَوْلَدَ أُمَّتَهُ ، فَهَلْ تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ يَمْتَنِعُ عَلَيْهِ

الإصناف قوله : وَإِنْ اسْتَوْلَدَ أُمَّتَهُ ، فَهَلْ تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ يَمْتَنِعُ عَلَيْهِ يَبْعُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

(١) فِي م : « فَابْنُهَا » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣ - ٣) فِي م : « وَقَالَ الشَّافِعِيُّ » .

(٤) فِي م : « الشِّرَاءُ » .

فَصْلٌ : وَلَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ شَيْئًا مِنْ كَسْبِهِ ، وَلَا يَبِيعُهُ دِرْهَمًا المقنع
بِدِرْهَمَيْنِ .

الشرح الكبير

يَبِيعُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) إِذَا اسْتَوْلَدَ الْمُكَاتَبُ أُمَّتَهُ قَبْلَ عِتْقِهِ وَعَجَزَهُ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمًّا وَلَدًا لِلْمُكَاتَبِ ، وَلَيْسَ لَهُ يَبِيعُهَا . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا لَهُ حُرْمَةُ الْحُرِّيَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ يَبِيعُهُ ، وَيَعْتَقُ بَعْتَقِ أَبِيهِ ، وَكَذَلِكَ أُمُّهُ . فَعَلَى هَذَا ، لَا يَجُوزُ يَبِيعُهَا ، وَتَكُونُ مَوْقُوفَةً مَعَ الْمُكَاتَبِ ، إِنْ أُغْتِقَ فَهِيَ أُمٌّ وَلَدِهِ ، وَإِنْ رَقَّ رَقَّتْ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ : لَا تَصِيرُ أُمًّا وَلَدًا بِحَالٍ ، وَلَهُ يَبِيعُهَا ؛ لِأَنَّهَا حَمَلَتْ بِمَمْلُوكٍ فِي مِلْكٍ غَيْرِ تَامٍّ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَهَٰذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ .

فصل : قَالَ الشَّيْخُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ شَيْئًا مِنْ كَسْبِهِ ، وَلَا يَبِيعُهُ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ) وَلَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ ^(١) شَيْئًا مِنْ كَسْبِ

وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، تَصِيرُ أُمًّا وَلَدًا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، [١٥٠/٣ ط] وَغَيْرِهِمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا تَصِيرُ أُمًّا وَلَدًا . وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ كَلَامِهِ . وَهُوَ احْتِمَالٌ فِي « الْهِدَايَةِ » .

قوله : وَلَا يَبِيعُهُ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ . يَعْنِي ، أَنَّهُ يَجْرِي الرَّبَا بَيْنَهُمَا . وَهَذَا

(١) سقط من : م .

المُكَاتَبِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ لِيَمْلِكَ مَالَهُ وَكَسْبَهُ وَمَنَافِعَهُ ، فَلَا يَبْقَى ^(١) ذَلِكَ لِبَائِعِهِ ، كَسَائِرِ الْمَبِيعَاتِ . وَيَجْرِي الرَّبَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَهُ فِي بَابِ الْمُعَاوَضَةِ كَالْأَجْنَبِيِّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا رَبَا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ فِي الْأَظْهَرِ مِنْ قَوْلِهِ ، وَلَا رَبَا بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ ، وَلِهَذَا جَازَ أَنْ يُعْجَلَ لِسَيِّدِهِ ، وَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، وَلَهُ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ إِذَا شَرَطَ ، وَلَوْ حَمَلَتْ مِنْهُ صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَدٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ السَّيِّدَ مَعَ مُكَاتَبَتِهِ فِي بَابِ الْمُعَامَلَةِ كَالْأَجْنَبِيِّ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّفْعَةَ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ فِيمَا بِيَدِ صَاحِبِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ لِسَيِّدِهِ حَقٌّ فِيمَا بِيَدِهِ ؛ لِكَوْنِهِ بَعَرَضِيَّةً ^(٢) أَنْ يَعْجَزَ ^(٣) فَيَعُودَ إِلَيْهِ . وَهَذَا لَا يَمْنَعُ جَرَيَانَ الرَّبَا بَيْنَهُمَا ، كَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ . فَعَلِيَ هَذَا الْقَوْلُ ، لَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا فِيمَا يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ فِيهِ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّينَ ، وَلَا النِّسَاءُ فِيمَا يَحْرُمُ فِيهِ النِّسَاءُ بَيْنَ الْأَجَانِبِ .

المذهبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا رَبَا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ فِي الْأَظْهَرِ مِنْ قَوْلِهِ : لَا رَبَا بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ وَغَيْرُهُ . وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لَوْ زَادَ الْأَجَلَ وَالذِّينَ ، جَازَ ذَلِكَ ، عَلَى إِحْتِمَالِ ذِكْرِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُ . وَالْمَذْهَبُ ، عَدَمُ الْجَوَازِ . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي آخِرِ بَابِ الرَّبَا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَنْفَى » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « تَعْرُضُهُ » .

(٣) فِي م : « يَعْجِزُهُ » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان لكل واحدٍ منهما على صاحبه دينٌ ، مثل أن كان للسيدِ على مكاتبه دينٌ من الكتابةِ أو غيرها ، وللمكاتبِ على سيده دينٌ ، وكانا نقدًا من جنسٍ [٤٣/٦ ظ] واحدٍ ، حاليين ، أو مؤجلين أجلًا واحدًا ، تقاصًا وتساقطًا ؛ لأنهما إذا تساقطًا بين الأجنبِ ، فمع^(١) السيدِ ومكاتبه أولى . وإن كانا نقدًا من جنسين ، كدراهم ودنانير ، فقال ابنُ أبي موسى : لو كان له على سيده ألف درهمٍ ، ولسيده عليه مائة دينارٍ ، فجعلها قصاصًا بها ، جاز ، بخلافِ الحرّين . وقال القاضي : لا يجوزُ هذا ؛ لأنه يَبْعُ دينٌ بدينٍ ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيعِ الدينِ بالدينِ^(٢) . ولأنه لا يجوزُ بين الأجنبيّين ، فلم يَجْزُ بين المكاتبِ وسيده ، كسائرِ المحرّمات . وفارقَ العبدَ القنَّ ، فإنه باقٍ في تصرّفِ سيده ، وما في يده ملكٌ خالصٌ لسيده ، له^(٣) أخذه والتصرّفُ فيه . فعلى هذا لا يجوزُ وإن تراضيا به . وعلى قولِ ابنِ أبي موسى ، يجوزُ إذا تراضيا بذلك وتبايعاه ، ولا يثبتُ التقاصُ قبلَ تراضيهما به ؛ لأنه يَبْعُ^(٤) . فإن كانا عَرْضَيْنِ أو عَرْضًا ونقدًا^(٥) ، لم تجزِ المُقاصَّةُ فيهما بغيرِ تراضيهما بحالٍ ، سواءً كان العرضُ

تنبيه : يُسْتَنْى من ذلك مالُ الكتابةِ ، فإنه لا يجرى الربا في ذلك . قاله الإناصاف

(١) في الأصل : « فمع » .

(٢) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٧١/٣ ، ٧٢ . وعبد الرزاق ، في : باب أجل بأجل . المصنف ٩٠/٨ . وانظر : تلخيص الحبير ٢٦/٣ ، ٢٧ .

(٣) سقط من : م .

(٤) في الأصل : « يبعي » .

(٥ - ٥) في الأصل : « عقد ونقد » .

المقنع وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ ، فَعَلَيْهِ أَرْضُ جَنَائِهِ .

الشرح الكبير

مِنْ جِنْسٍ حَقَّهُ أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ . وَإِنْ تَرَاضِيَا بِذَلِكَ لَمْ يَجْزُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وَإِنْ قَبَضَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ حَقَّهُ ، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى الْآخَرِ عَوَضًا عَنْ مَا لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، جَاز ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الثَّابِتُ فِي الذِّمَّةِ عَنْ سَلَمٍ . فَإِنْ كَانَ ثَبَتَ عَنْ سَلَمٍ ، لَمْ يَجْزُ أَخْذُ عَوَضِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَفِي الْجُمْلَةِ ، إِنَّ حُكْمَ الْمُكَاتَبِ مَعَ سَيِّدِهِ فِي هَذَا حُكْمُ الْأَجَانِبِ ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ أَبِي مُوسَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ .

٣٠٠٣ - مسألة : (وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ ، فَعَلَيْهِ أَرْضُ جَنَائِهِ) إِذَا جَنَى السَّيِّدُ عَلَى مُكَاتَبِهِ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ؛ لِأَمْرَيْنِ : أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ حُرٌّ وَالْمُكَاتَبُ عَبْدٌ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ مِلْكُهُ ، وَلَا يُقْتَصُّ مِنَ الْمَالِكِ لِمَمْلُوكِهِ ، وَلَكِنْ يَجِبُ الْأَرْضُ ، وَلَا يَجِبُ إِلَّا بَانْدِمَالِ الْجُرْحِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ لَا يُؤْمَنُ سِرَائِيَّتُهُ إِلَى نَفْسِهِ ، فَيَسْقُطُ أَرْضُهُ ، وَمَتَى سَرَى الْجُرْحُ إِلَى نَفْسِهِ انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَكَانَ كَقَتْلِهِ . فَإِذَا أُنْدِمَلَ الْجُرْحُ وَجَبَ لَهُ أَرْضُهُ حِينَئِذٍ . فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَقَدْ حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، تَقَاصًا . وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ كَانَ النَّجْمُ لَمْ يَحِلَّ ، لَمْ يَتَقَاصَا . وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُطَالَبَةٌ صَاحِبِهِ بِمَا يَسْتَحِقُّهُ . فَإِنْ رَضِيَ الْمُكَاتَبُ

الإنصاف

الْأَصْحَابُ ؛ لِتَجْوِيزِهِمْ تَعْجِيلَ الْكِتَابَةِ بِشَرَطِ أَنْ يَضَعَ عَنْهُ بَعْضُهَا . وَتَقَدَّمَ قَطْعُ الْمُصْنَفِ بِذَلِكَ .

وَأِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَعَلَيْهِ أَرْفَقُ الْأَمْرَيْنِ بِهِ ، مِنْ إِنْظَارِهِ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، أَوْ أُجْرَةَ مِثْلِهِ .

بِتَعْجِيلِ الْوَاجِبِ لَهُ عَمَّا^(١) لَمْ يَحِلَّ مِنْ نُجُومِهِ ، جَازَ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ .

٣٠٠٤ - مسألة : (وَأِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَعَلَيْهِ أَرْفَقُ الْأَمْرَيْنِ بِهِ ، مِنْ إِنْظَارِهِ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، أَوْ أُجْرَةَ مِثْلِهِ) إِذَا حَبَسَهُ سَيِّدُهُ فَقَدْ أَسَاءَ ، وَلَا يَحْتَسِبُ عَلَيْهِ بِمُدَّتِهِ ، فِي أَحَدِ الْوُجُوهِ . وَالثَّانِي ، يَحْتَسِبُ عَلَيْهِ بِمُدَّتِهِ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ ذَيْنِ مُؤَجَّلٍ ، فَيَحْتَسِبُ بِمُدَّةِ الْحَبْسِ مِنَ الْأَجَلِ ، كَسَائِرِ الدُّيُونِ الْمُؤَجَّلَةِ . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، يَلْزَمُهُ أُجْرُ مِثْلِهِ فِي الْمُدَّةِ الَّتِي حَبَسَهُ فِيهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ عَلَى سَيِّدِهِ تَمْكِينَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ مُدَّةَ كِتَابَتِهِ ،

قوله : وَأِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَعَلَيْهِ أَرْفَقُ الْأَمْرَيْنِ بِهِ ، مِنْ إِنْظَارِهِ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، أَوْ أُجْرَةَ مِثْلِهِ . هَذَا أَحَدُ الْوُجُوهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « نِهَايَةِ ابْنِ رَزِينِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقِيلَ : تَلْزَمُهُ أُجْرَةُ الْمُدَّةِ . جَزَمَ بِهِ الْأَدَمِيُّ فِي « مُنْتَخَبِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ إِنْظَارُهُ مِثْلَ الْمُدَّةِ ، وَلَا تُحْسَبُ عَلَيْهِ مُدَّةُ حَبْسِهِ . صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَأَطْلَقَهُنَّ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « مَا » .

المقنع وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَطَّأَ مُكَاتَّبَتَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ ،

الشرح الكبير فإذا حَبَسَهُ مُدَّةً وَجَبَ عَلَيْهِ تَأْخِيرُهُ^(١) مثل تلك المُدَّة ؛ لَيْسَتْ فِي الْوَاجِبِ لَهُ ، وَلَأنَّ حَبْسَهُ يُفْضِي^(٢) إِلَى [٤٤/٦ و] إِبْطَالِ الْكِتَابَةِ وَتَقْوِيَتِ مَقْصُودِهَا وَرَدُّهُ إِلَى الرَّقِّ ، وَلَأنَّ^(٣) عَجْزَهُ عَنْ أَدَاءِ نُجُومِهِ فِي مَحَلِّهَا ، بِسَبَبٍ مِنْ سَيِّدِهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ^(٤) فَسْخَ الْعَقْدِ ، كَمَا لَوْ مَنَعَ الْبَائِعُ الْمُشْتَرِي مِنْ أَدَاءِ الثَّمَنِ لَمْ يَسْتَحِقَّ فَسْخَ الْبَيْعِ لَذَلِكَ ، وَلَوْ مَنَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، لَمْ تَسْتَحِقَّ فَسْخَ الْعَقْدِ لَذَلِكَ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ يَلْزَمَ سَيِّدَهُ أَرْفَقُ الْأَمْرَيْنِ بِهِ ، مِنْ إِنْظَارِهِ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، أَوْ أُجْرَةٍ مِثْلِهِ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَهُمَا ، فَكَانَ لِلْمُكَاتَّبِ أَنْفَعُهُمَا .

٣٠٠٥ - مسألة : () وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَطَّأَ مُكَاتَّبَتَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ (وَطَّأُ الْمُكَاتَّبَةِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ حَرَامٌ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقِيلَ : لَهُ وَطَّأُهَا فِي الْوَقْتِ الَّذِي لَا يَشْغَلُهَا الْوَطْءُ عَنِ السَّغْيِ عَمَّا هِيَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكٌ يَمِينُهُ ، فَتَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ

الإنصاف قوله : وَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ مُكَاتَّبَتِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ . إِذَا أَرَادَ وَطَّأَهَا ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ أَوْ لَا ، فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ ، لَمْ يُجْزَ وَطَّأُهَا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِأَجْرِهِ » .

(٢) فِي م : « يَقْضِي » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لَيْسَ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾^(١) . ولنا ، أن الكتابة عقد^(٢) أزال ملك استخدامها ، وملك عوض منفعة بضعها فيما إذا وطئت بشبهة ، فأزال حل وطئها ، كالبيع ، والآية مخصوصة بالمزوجة ، فنقيس عليها محل النزاع ، ولأن الملك ههنا ضعيف ؛ لأنه قد زال عن منافع جملة ؛ ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها ، وتفرق أم الولد ، فإن ملكه باق عليها ؛ وإنما يزول بموته ، فأشبهت المدبرة والموصى بها ، وإنما امتنع البيع ؛ لأنها استحققت العتق بموته ، استحقاقا لازما لا يمكن زواله .

فصل : فإن شرط وطأها فله ذلك . وبه قال سعيد بن المسيب . وقال سائر من ذكرنا : ليس له وطؤها ؛ لأنه لا يملكه مع إطلاق العقد ، فلم

وعليه الأصحاب ، وقطع به أكثرهم . وقال المصنف ، وتبعه الشارح : وقيل : الإيناف له وطؤها وإن لم يشترط ، في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه . قال الزركشي : وهذا القول يحتمل أنه في المذهب ، ويحتمل أنه لبعض العلماء . وإن شرط وطأها في العقد ، جاز . على الصحيح من المذهب ، نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب . قال الزركشي : هذا المذهب المجزوم به عند عامة الأصحاب . وجزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « المحرر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وصححه الناطم وغيره . قال في « القاعدة الثانية والثلاثين » : هذا المذهب المنصوص ،

(١) سورة المؤمنون ٦ ، سورة المعارج ٣٠ .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع فَإِنْ وَطَّئَهَا وَلَمْ يَشْتَرِطْ ، [١٩٧ د] أَوْ وَطَّئَ أُمَّتَهَا ، فَلَهَا عَلَيْهِ

الشرح الكبير

يَمْلِكُهُ بِالْشَّرْطِ ، كَالْوَزْوَجِهَا أَوْ أَعْتَقَهَا . وقال الشافعي : إذا شَرَطَ ذَلِكَ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ فَسَدَ ؛ لَأَنَّهُ شَرَطَ فَاِسِدَ ، فَأُفْسِدَ الْعَقْدَ ، كَالْوِ شَرَطَ عَوْضًا فَاِسِدًا . وقال مالك : لَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُخْلُ بِرُكْنِ الْعَقْدِ وَلَا شَرْطِهِ ، فَلَمْ يَفْسُدْ ، كَالصَّحِيحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » ^(١) . وَلِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، لَهُ شَرَطُ نَفْعِهَا ، فَصَحَّ ، كَشَرْطِ اسْتِخْدَامِهَا . يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ مَنَعَهُ مِنْ وَطْئِهَا مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ عَلَيْهَا وَوُجُودِ الْمُقْتَضَى لِجِلِّ وَطْئِهَا ، إِنَّمَا كَانَ لِحَقِّهَا ، فَإِذَا اشْتَرَطَهُ عَلَيْهَا جاز ، كَالْخِدْمَةِ ، وَلِأَنَّهُ اسْتَشْنَى بَعْضَ مَا كَانَ لَهُ ، فَصَحَّ ، كَاشْتِرَاطِ الْخِدْمَةِ ، وَفَارَقَ الْبَيْعَ ، فَإِنَّهُ يُزِيلُ مِلْكَهُ عَنْهَا .

٣٠٠٦ - مسألة : (وَإِنْ وَطَّئَهَا وَلَمْ يَشْتَرِطْ ، أَوْ وَطَّئَ أُمَّتَهَا ،

الإصناف

كَالرَّاهِنِ يَطَأُ بِشَرْطٍ . ذَكَرَهُ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، وَ « الْمُتَخَبِّ » . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ . ذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْمُفْرَدَاتِ » ، وَقَالَ : هَذَا اخْتِيَارِي .

قوله : وَإِنْ وَطَّئَهَا وَلَمْ يَشْتَرِطْ ، أَوْ وَطَّئَ أُمَّتَهَا ، فَلَهَا عَلَيْهِ الْمَهْرُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ الْخَرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ إِنْ

(١) تقدم تخريجه في ١٤٩/١٠ . وانظر صفحة ٢٠ .

الْمَهْرُ ، وَيُؤَدَّبُ ، وَلَا يَتْلُغُ بِهِ الْحَدَّ . وَإِنْ شَرَطَ وَطَّعَهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا عَلَيْهِ .

الشرح الكبير أَدَّبَ ، ولم يَتْلُغْ به الحدَّ (إذا وَطَّعَهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ لم يَجِبْ عَلَيْهِ الحدُّ ؛ لَشُبْهَةِ الْمَلِكِ ، فِي قَوْلِ عَامَةِ الْفُقَهَاءِ . وَرُويَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، أَنَّهُمَا قَالَا : عَلَيْهِ الحدُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَيْهَا عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ يُحَرِّمُ الْوَطْءَ ، فَأَوْجَبَ الحدَّ بِوَطْئِهَا ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الحدُّ بِوَطْئِهَا ، كَالْمَرْهُونَةِ وَالْمُسْتَأْجَرَةِ ، وَيُخَالِفُ الْبَيْعَ ، [٤٤/٦ ط] فَإِنَّهُ يُزِيلُ الْمَلِكَ ، وَالكِتَابَةُ لَا تُزِيلُهُ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْمَكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » ^(١) . وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا إِذَا وَطَّعَهَا بِغَيْرِ شَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَفَعَتَهَا الْمَمْنُوعَ مِنْ اسْتِيفَائِهَا ، فَأَشْبَهَ مَنَافِعَ بَدَنِهَا ، فَإِنْ كَانَا

طَاوَعْتَهُ . قَدَّمَهُ فِي « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَصَحَّحَهُ فِي الْإِنْصَافِ « النَّظْمِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » .

فائدة : إِذَا تَكَرَّرَ وَطْؤُهُ ؛ فَإِنْ كَانَ قَدْ أَدَّى مَهْرَ الْوَطْءِ الْأَوَّلِ ، لَزِمَهُ لِلثَّانِي مَهْرٌ أَيْضًا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَدَّى عَنْهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . وَسَيَأْتِي ذَلِكَ مُسْتَوْفَى فِي آخِرِ كِتَابِ الصَّدَاقِ .

تنبيه : مُرَادُهُ بِقَوْلِهِ : وَيُؤَدَّبُ وَلَا يَتْلُغُ بِهِ الْحَدَّ . إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ غَيْرَ عَالِمٍ بِالتَّحْرِيمِ ، فَإِنَّهُ لَا يُعَزَّرُ .

(١) تقدم تخريجه في ٣٠٠/٦ .

عَالِمَيْنِ عُزْرًا ، وَإِنْ كَانَا جَاهِلَيْنِ عُذْرًا^(١) ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا وَالْآخَرُ
 جَاهِلًا ، عُزْرَ الْعَالِمِ وَعُذْرَ^(٢) الْجَاهِلِ . وَلَا تَخْرُجُ بِالْوَطْءِ عَنِ الْكِتَابَةِ .
 وَقَالَ اللَّيْثُ : إِنْ طَاوَعْتَهُ فَقَدْ فَسَخْتَ كِتَابَتَهَا وَعَادَتْ قِتْنًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ
 لَازِمٌ ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ بِالْمُطَاوَعَةِ عَلَى الْوَطْءِ ، كَالْإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ بَعْدَ لُزُومِهِ .
 وَيَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ ، مُطَاوَعَةً لَهُ^(٣) كَانَتْ أَوْ مُكْرَهَةً . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ،
 وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ قَتَادَةُ : يَجِبُ إِذَا
 أَكْرَهَهَا ، وَلَا يَجِبُ إِذَا طَاوَعْتَهُ . وَنَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ عَنِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ
 الْمُطَاوَعَةَ بَذَلَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَصَارَتْ كَالزَّانِيَةِ . وَمَنْصُوصُ
 الشَّافِعِيِّ ، وَجُوبُهُ فِي الْحَالَيْنِ . وَأَنْكَرَ أَصْحَابُهُ مَا نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ ، وَقَالُوا :
 لَا يُعْرِفُ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَوَضٌ
 مَنْفَعَتِهَا ، فَوَجِبَ لَهَا ، كِعَوَضِ بَدَنِهَا ، وَلِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ فِي يَدِ نَفْسِهَا ،
 وَمَنْافِعُهَا لَهَا ؛ وَلِهَذَا لَوْ وَطِئَهَا أَجْنَبِيٌّ كَانَ الْمَهْرُ لَهَا ، وَإِنَّمَا وَجِبَ فِي حَالِ
 الْمُطَاوَعَةِ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ سَقَطَ عَنْهُ لِلشُّبْهَةِ ، فَوَجِبَ لَهَا الْمَهْرُ كَمَا لَوْ وَطِئَ
 امْرَأَةً بِشُبْهَةِ عَقْدِ مُطَاوَعَةٍ . فَإِنْ تَكَرَّرَ وَطُئُهَا ، وَكَانَ قَدْ أَدَّى مَهْرَ الْوَطْءِ
 الْأَوَّلِ ، فَلِلثَّانِي مَهْرٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ قَطَعَ حُكْمَ الْوَطْءِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
 أَدَّى عَنِ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ هَذَا عَنِ وَطْءِ الشُّبْهَةِ ،
 فَلَمْ يَجِبْ إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ ، كَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ .

(١) فِي النِّسَخَتَيْنِ : « عُزْرًا » .

(٢) فِي م : « عَزْر » .

(٣) زِيَادَةٌ مِنْ : الْأَصْلُ .

وَمَتَّى وَلَدَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَوَلَدَهُ حُرٌّ ،

الشرح الكبير

فصل : فَأَمَّا إِنْ وَطَّئَهَا مَعَ الشَّرْطِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَلَا مَهْرَ ، وَلَا تَعْزِيرَ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ يَمْلِكُهُ وَيُبَاحُ لَهُ ، فَأَشْبَهَ وَطْأَهَا قَبْلَ كِتَابَتِهَا . وَإِذَا وَجَبَ لَهَا الْمَهْرُ بِالْوَطْءِ ؛ فَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ عَلَيْهَا نَجْمٌ فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ عَلَيْهَا ، وَكَانَ الْمَهْرُ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ ، فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ أَيْضًا بِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ جَنْسِهِ تَقَاصًا ، وَأَخَذَ ذُو الْفَضْلِ فَضْلَهُ .

٣٠٠٧ - مسألة : فَإِنْ أَوْلَدَهَا (صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) سَوَاءً وَطَّئَهَا بِشَرْطٍ أَوْ بِغَيْرِ شَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ ، فَكَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ ، كَغَيْرِ الْمُكَاتَبَةِ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدَهُ مِنْ مَمْلُوكَتِهِ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ؛ لِذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ ، فَأَشْبَهَ وَلَدَ الْمَعْرُورِ ^(١) ، وَلَا تَلْزَمُهُ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّهَُا وَضَعَتْهُ ^(٢) فِي مِلْكِهِ .

قوله : وَمَتَّى وَلَدَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَوَلَدَهُ حُرٌّ - سَوَاءً وَطَّئَهَا بِشَرْطٍ أَوْ بِغَيْرِهِ - فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَدَائِهَا ، عَتَقَتْ ، وَسَقَطَ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعُوا بِهِ . وَحَكَى الشَّيْخُ إِبْرَاهِيمُ بْنُ أَبِي رَافِعٍ ، يَلْزَمُهَا بَقِيَّةَ مَالِ الْكِتَابَةِ تَدْفَعُهَا إِلَى الْوَرِثَةِ ، إِذَا اخْتَارَتْ بَقَاءَهَا عَلَى الْكِتَابَةِ . ذَكَرَهُ عَنْهُ الزَّرْكَشِيُّ .

فائدة : لَيْسَ لَهُ وَطْءٌ يَنْتِ مُكَاتَبَتُهُ ، وَلَا يُبَاحُ ذَلِكَ بِالشَّرْطِ ، فَإِنْ فَعَلَ عَزَرَ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَقْرَةُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَضِيعَةٌ » .

فصل : وليس له وطء بنت مكاتبته ، لأنها تابعة لها موقوفة معها ، فلم يُصح^(١) وطؤها ، كأُمِّها ، ولا يُباح ذلك بالشرط ؛ لأنَّ حُكْمَ الكتابة ثبت فيها تبعًا ، ولم يكن وطؤها مباحًا حال العقد فيشترطه^(٢) . فإنَّ وطئها فلا حدَّ عليه ، ويأثم ويُعزَّر ؛ لأنه وطئ وطئًا محرَّمًا ، ولها المهر ، حُكْمُهُ حُكْمُ [٤٥/٦] كسبها ، يكون لأُمِّها تستعين به في كتابتها ؛ لأنَّ ذلك سبب حرَّيتها^(٣) . فإنَّ أحبلها صارت أُمَّ ولدٍ له ، والولد حرٌّ ؛ لأنه أحبلها بحرٌّ في ملكه ، ويلحقه نسبه ، ولا تجب عليه قيمتها ؛ لأنَّ أُمَّها لا تملكها ، ولا قيمة ولدها ؛ لأنها وضعت^(٤) في ملكه .

فصل : وليس له وطء جارية مكاتبه ولا مكاتبته اتفاقًا . فإنَّ فعل ، أثم وعزَّر ، ولا حدَّ عليه ؛ لشبهة الملك ؛ لأنه يملك مالِكها ، وعليه مهرها لسيدِّها ، وولده منها حرٌّ يلحقه نسبه ؛ لأنَّ الحدَّ سقط لشبهة الملك ، وتصير أُمَّ ولدٍ له ، وعليه قيمتها لسيدِّها ؛ لأنه أخرجها بوطئه عن ملكه ، ولا تجب عليه قيمة الولد ؛ لأنها وضعت في ملكه . ويحتمل أن تلزمه قيمته ؛ لأنه أخرجها بوطئه عن أن يكون مملوكًا لسيدِّها ، فأشبهه

ولا تجب عليه قيمة ولده من جارية مكاتبه أو مكاتبته . على الصحيح من المذهب . ويحتمل أن تجب .

(١) في الأصل : « يصح » .

(٢) في م : « فيشترط » .

(٣) في الأصل : « حرَّيتها » .

(٤) في الأصل : « وضعية » .

فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَدَائِهَا عَتَقَتْ ، وَسَقَطَ مَا بَقِيَ مِنْ
كِتَابَتِهَا ، وَمَا فِي يَدِهَا لَهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ عَجْزِهَا . وَقَالَ

الشرح الكبير

وَلَدَ الْمَعْرُورِ^(١) .

فصل : ولا يَمْلِكُ السيدُ إجبارَ مُكَاتَبَتِهِ ولا ابْنَتِهَا ولا أُمَّتِهَا على
التَّزْوِيجِ ؛ لأنه زال ملكه بعقدِ الكِتَابَةِ عن نَفْعِهَا ونَفْعِ بُضْعِهَا^(٢) ، وعن
عَوَضِهِ . وليس لواحدةٍ مِنْهُنَّ التَّزْوِيجُ^(٣) بغيرِ إِذْنِهِ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا في
ذلك ، فَإِنَّهُ يُثْبِتُ حَقًّا لِلزَّوْجِ فِيهَا ، فَرُبَّمَا عَجَزَتْ وعادت إليه على وَجْهِ
لا يَمْلِكُ وَطْأُهَا ، فَإِنْ تَرَاضَيَا بِذلك جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ،
وهو وَلِيُّهَا^(٤) وَلِئْلِ ابْنَتِهَا وجَارِيتِهَا جميعًا ؛ لأنَّ المِلْكَ له ، فَأُشْبِهَ الجَارِيَةَ
القَنَّ . والمَهْرُ لِلْمُكَاتَبَةِ ، على ما ذَكَرْنَا في مَهْرِهنَّ إِذَا وَطَّئَهُنَّ السيدُ .

٣٠٠٨ - مسألة : (فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ ، وَإِنْ مَاتَ) سَيِّدُهَا (قَبْلَ
أَدَائِهَا عَتَقَتْ ، وَسَقَطَ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا ، وَمَا فِي يَدِهَا لَهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ

الإنصاف قوله : وما في يَدِهَا لَهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قد عَجَزَها . إِذَا مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَدَائِهَا ،
عَتَقَتْ بِكَوْنِهَا أُمُّ وَلَدٍ ، وَمَا فِي يَدِهَا ، إِنْ كَانَ مَاتَ سَيِّدُهَا بَعْدَ عَجْزِهَا ، فَهُوَ لَوْرَثَتِهِ
سَيِّدُهَا ، وَإِنْ كَانَ مَاتَ قَبْلَ عَجْزِهَا ، فَقَدَّمَ الْمُصَنَّفُ هُنَا ، أَنَّهُ يَكُونُ لَهَا . وَهُوَ
أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَالْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ ،

(١) في الأصل : « الغرور » .

(٢) في م : « بعضها » .

(٣) في م : « التزويج » .

(٤) في الأصل : « وليها » .

المقنع أَصْحَابُنَا : هُوَ لَوْرَثَةُ سَيِّدِهَا .

الشرح الكبير

بعد عَجَزِهَا . وقال أصحابنا : هو لَوْرَثَةُ سَيِّدِهَا . وكذلك الْحُكْمُ فيما إِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ (قد ذَكَّرْنَا أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا اسْتَوْلَدَ مَكَاتِبَتَهُ صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَنَسَبُهُ لِأَحَقِّ بِهِ ، وَلَا تَبْطُلُ كِتَابَتُهَا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ لَازِمٌ مِنْ جِهَةِ سَيِّدِهَا ، وَقَدْ اجْتَمَعَ لَهَا سَبَبَانِ يَقْتَضِيَانِ الْعِتْقَ ، أَيُّهُمَا سَبَقَ صَاحِبَهُ ثَبَتَ حُكْمُهُ . هَذَا قَوْلُ الزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَاللَّيْثِ ، وَالثَّوْرِيِّ وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ الْحَكَمُ ^(١) : تَبْطُلُ كِتَابَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا سَبَبٌ لِلْعِتْقِ ، فَتَبْطُلُ ^(٢) بِالْإِسْتِيلَادِ ، كَالْتَّذِيرِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا تَبْطُلُ بِالْوَطْءِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهَا سَبَبٌ لِلْعِتْقِ لَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ الرُّجُوعَ عَنْهُ ، فَلَمْ تَبْطُلْ بِذَلِكَ ، كَالْتَّعْلِيقِ بِصِفَةٍ ، وَمَا ذَكَرَهُ يَبْطُلُ بِالتَّعْلِيقِ بِالصِّفَةِ . وَتَفَارِقُ الْكِتَابَةُ التَّذِيرَ مِنْ وَجْهِهِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ حُكْمَ التَّذِيرِ وَالْإِسْتِيلَادِ وَاحِدٌ ، وَهُوَ الْعِتْقُ عَقِيبَ الْمَوْتِ ، وَالْإِسْتِيلَادُ أَقْوَى ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى إِبْطَالِهِ بِحَالٍ ، فَاسْتُغْنِيَ بِهِ عَنِ التَّذِيرِ ، وَالْكِتَابَةُ سَبَبٌ يُتَعَجَّلُ بِهِ ^(٣) الْعِتْقُ

الإنصاف

وَالْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « التَّعْلِيقِ » . ذَكَرَهُ فِيهِ فِي الظُّهَارِ . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : هُوَ لَوْرَثَةُ سَيِّدِهَا [١٥٠/٣] أَيْضًا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ .

(١) فِي م : « الْحَاكِمُ » .

(٢) فِي م : « فَبَطُلَ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « بِهَا » .

بالأداء ، ويكون ما فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهَا لَهَا ، وَتَمَلِّكُ بِهَا مَنَافِعَهَا [٤٥/٦ ط] الشرح الكبير
وَكَسْبِهَا ، وَتَخْرُجُ عَنْ تَصَرُّفِ سَيِّدِهَا . وَهَذَا لَا يَحْصُلُ بِالِاسْتِيلَادِ ،
فَيَجِبُ أَنْ تَبْقَى لِبَقَاءِ فَائِدَتِهَا . الثَّانِي ، أَنَّ الْكِتَابَةَ أَقْوَى مِنَ التَّدْبِيرِ ؛
لِلزُّومِهَا ، وَكَوْنِهَا لَا تَبْطُلُ بِالرُّجُوعِ عَنْهَا ، وَلَا يَبِيعُ الْمُكَاتِبُ وَلَا هِبَتَهُ .
الثَّالِثُ ، أَنَّ التَّدْبِيرَ تَبَرُّعٌ ، وَالْكِتَابَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ لَازِمٌ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ،
فَإِنَّهُ يَجْتَمِعُ لَهَا سَبَبَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقْتَضِي الْحُرِّيَّةَ ، فَأَيُّهُمَا تَمَّ قَبْلَ
صَاحِبِهِ ، ثَبَتَتِ الْحُرِّيَّةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ انفَرَدَ ؛ لِأَنَّ انْضِمَامَ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ
مَعَ كَوْنِهِ لَا يُنَافِيهِ ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِهِ ، فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ بِالْكِتَابَةِ ،
وَمَا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهَا فَهُوَ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَقَ بِالْكِتَابَةِ لَهُ مَا فَضَّلَ مِنْ نُجُومِهِ ،
وَإِنْ عَجَزَتْ ^(١) وَرَدَّتْ فِي الرِّقِّ بَطَلَ حُكْمُ الْكِتَابَةِ ، وَبَقِيَ لَهَا ^(٢) حُكْمُ
الِاسْتِيلَادِ مَنْفَرَدًا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ مُكَاتَبَةً ، وَلَهُ وَطُؤُهَا ، وَتَزْوِيجُهَا ،
وَإِجَارَتُهَا ، وَتَعْتِيقُ بَمَوْتِهِ ، وَمَا فِي يَدِهَا لَوْرَثَةِ سَيِّدِهَا . فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا

الإنصاف جزَمَ بِهِ الْخِرَاقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وغيرهم . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ عَجْزِهَا
وَعَدَمِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَحَكَاهُمَا رَوَايَتَيْنِ . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُ ذَلِكَ ،
إِذَا دَبَّرَ الْمُكَاتِبُ أَوْ كَاتَبَ الْمُدَبِّرَ ، فِي بَابِ التَّدْبِيرِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَجَزَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ . المقنع

الشرح الكبير
قَبْلَ عَجْزِهَا عَتَقَتْ بِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ ، وَتَسْقُطُ^(١) الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ حَصَلَتْ ، فَسَقَطَ الْعَوَضُ الْمُبْدُولُ فِي تَحْصِيلِهَا ، كَمَا لَوْ بَاشَرَهَا سَيِّدُهَا بِالْعَتَقِ ، وَمَا فِي يَدِهَا لَوَرَثَةُ سَيِّدِهَا ، فِي قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَأَبَى الْخَطَّابُ ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِحُكْمِ الْأَسْتِيلَادِ ، فَبَطَلَ حُكْمُ الْكِتَابَةِ ، فَأُشْبِهَتْ غَيْرَ الْمُكَاتَبَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، فِي « الْفُصُولِ » : مَا فَضَّلَ فِي يَدِهَا لَهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ إِذَا وَقَعَ فِي الْكِتَابَةِ لَا يُبْطِلُ حُكْمَهَا ، كَالْإِبْرَاءِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلِأَنَّ مِلْكَهَا كَانَ ثَابِتًا عَلَى مَا فِي يَدِهَا ، وَلَمْ يَحْدُثْ إِلَّا مَا يُزِيلُ حَقَّ سَيِّدِهَا عَنْهَا ، فَيَقْتَضِي زَوَالَ حَقِّهِ عَمَّا فِي يَدِهَا وَتَقْرِيرَ مِلْكِهَا وَخُلُوصَهُ لَهَا ، كَمَا اقْتَضَى ذَلِكَ فِي نَفْسِهَا ، وَهَذَا أَصَحُّ .

٣٠٠٩ - مسألة : (وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ)
يَكُونُ كَسْبُهُ لَهُ . فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَمَنْ وَاَفَقَهُ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ وَمَنْ وَاَفَقَهُ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا لَوْ عَتَقَتْ الْأُمَةُ الْمُكَاتَبَةَ بِالْأَسْتِيلَادِ^(٢) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِسَيِّدِهَا أَيْضًا ، عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ وَمَنْ وَاَفَقَهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ

الإنصاف
قوله : وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ . فَيَكُونُ مَا فِي يَدِهِ لَهُ ، فِي قَوْلِ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ الْأَصْحَابِ ، يَكُونُ لِسَيِّدِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ

(١) فِي م : « سَقَطَتْ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

الشرح الكبير

أَعْتَقَهُ بِرِضَاهُ ، فَيَكُونُ رِضًا مِنْهُ بِإِعْطَائِهِ مَالَهُ ، بِخِلَافِ الْعِتْقِ بِالِاسْتِيلَادِ ؛ فَإِنَّهُ حَصَلَ بِغَيْرِ رِضَى الْوَرَثَةِ وَاخْتِيَارِهِمْ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَالُ الْمُكَاتَبِ يَصِيرُ إِلَى السَّيِّدِ بِإِعْتَاقِهِ ، لَتَمَكَّنَ السَّيِّدُ مِنْ أَخْذِ مَالِ الْمُكَاتَبِ مَتَى شَاءَ ، فَمَتَى كَانَ لَهُ غَرَضٌ فِي أَخْذِ مَالِهِ ؛ إِمَّا لِكَوْنِهِ يَفْضُلُ عَنْ نُجُومِ كِتَابَتِهِ ، وَإِمَّا لَغَرَضٍ لَهُ فِي بَعْضِ أَغْيَانِ مَالِهِ ، أَوْ لِكَوْنِهِ يَتَعَجَّلُهُ قَبْلَ أَنْ ^(١) يَحِلَّ نَجْمُ ^(٢) الْكِتَابَةِ ، أَعْتَقَهُ ^(٣) وَأَخَذَ مَالَهُ . وَهَذَا ضَرَرٌ عَلَى الْمُكَاتَبِ لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ ، وَلَا يَقْتَضِيهِ عَقْدُ الْكِتَابَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يُشْرَعَ .

فصل : وَإِنْ أَتَتْ الْمُكَاتَبَةُ بِوَلَدٍ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا بَعْدَ اسْتِيلَادِهَا ، فَلَهُ حُكْمُهَا ^(٣) فِي الْعِتْقِ ^(٤) بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ السَّبَبِينَ ، أَثْنَاهَا سَبَقَ ^(٥) عَتَقَ بِهِ ، كَالْأُمَّمِ سَوَاءً ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ ^(٥) فَلَهُ حُكْمُهَا ^(٦) ، [٤٦/٦ و] فَيُثْبِتُ لَهُ مَا يَثْبِتُ ^(٦) لَهَا . وَإِنْ مَاتَتْ الْمُكَاتَبَةُ بَقِيَ لِلْوَلَدِ سَبَبُ الْاسْتِيلَادِ وَحْدَهُ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا

لِلْمُكَاتَبِ أَيْضًا عَلَى قَوْلِ الْأَصْحَابِ ؛ الْعَرَقِيُّ وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ أَعْتَقَهُ بِرِضَاهُ ، فَيَكُونُ قَدَرِضَى بِإِعْطَائِهِ مَالَهُ ، بِخِلَافِ الْأُولَى . وَتَقَدَّمَ ؛ إِذَا مَاتَ أَوْ عَجَزَ أَوْ عَتَقَ ، وَفِي يَدِهِ مَالٌ مِنَ الزَّكَاةِ ، هَلْ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ أَوْ يُرَدُّ إِلَى رَبِّهِ ؟ فِي بَابِ ذِكْرِ أَهْلِ الزَّكَاةِ .

(١ - ١) فِي م : « تَحِلُّ نَجُومٍ » .

(٢) فِي م : « أَعْتَقَ » .

(٣ - ٣) فِي م : « بِالْعِتْقِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « أَسْبَقَ » .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ م : .

(٦) فِي م : « ثَبِتَ » .

المقنع وَإِنْ كَاتَبَ اثْنَانِ جَارِيَتَهُمَا ، ثُمَّ وَطَّأَهَا ، فَلَهَا الْمَهْرُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

الشرح الكبير في وَلَدِهَا ، فقالت : وَلَدْتُهُ بَعْدَ كِتَابَتِي ، أَوْ بَعْدَ وَلَادَتِي . وقال السيد : بل قَبْلَهُ . فقال أبو بكر : الْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ . وهذا قولُ الشافعي ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ كَوْنُ الْأُمَةِ وَلَدِهَا رَقِيقًا لِسَيِّدِهَا ، لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِمَا ، وَهِيَ تَدَّعِي مَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ ^(١) . وَإِنْ زَوَّجَ مُكَاتَبَهُ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ بَاعَهَا مِنْهُ ، وَاخْتَلَفَا فِي وَلَدِهَا . فقال السيد : هُوَ لِي ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ يَبِيعِهَا لَكَ . وقال الْمُكَاتَبُ : بل بَعْدَهُ . فالقولُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي مِلْكِهِ ، وَيَدُ الْمُكَاتَبِ ^(٢) عَلَيْهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ صَاحِبِ الْيَدِ مَعَ يَمِينِهِ ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ ، وَيُفَارِقُ وَلَدَ الْمُكَاتَبَةِ ^(٣) ؛ لِأَنَّهَا لَا تَدَّعِي مِلْكَهُ .

فصل : (وَإِنْ كَاتَبَ اثْنَانِ جَارِيَتَهُمَا) ثُمَّ وَطَّأَهَا أَحَدُهُمَا ، أَدَّبَ فَوْقَ أَدَبِ الْوَاطِئِ لِمُكَاتَبَتِهِ الْخَالِصَةِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ هُنَا حَرْمٌ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛

الإيناف فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الْحُكْمُ لَوْ أَعْتَقَ الْمُكَاتَبَةَ . الثَّانِيَةُ ، عِتْقُ الْمُكَاتَبِ ، قِيلَ : هُوَ إِبْرَاءٌ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ . وقيل : بل هُوَ فُسْخٌ ، كَعِتْقِهِ فِي الْكِفَّارَةِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

قوله : وَإِنْ كَاتَبَ اثْنَانِ جَارِيَتَهُمَا ، ثُمَّ وَطَّأَهَا ، فَلَهَا الْمَهْرُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ . وَمُكَاتَبَةُ كُلِّ نِصْفٍ لِسَيِّدِهِ . هذا

(١) بعده في م : « ثم » .

(٢) في م : « المكاتبه » .

(٣) في م : « المكاتب » .

الشَّرِكَةُ وَالكِتَابَةُ ، فهو آكَدُ وَإِثْمُهُ أَعْظَمُ ، وعليه لها مَهْرٌ مِثْلُهَا ، على ما أسْلَفْنَا فيما إذا كان السَّيْدُ وَاحِدًا ، فإن لم يَكُنْ حَلَّ نَجْمٍ قَبَضَتِ الْمَهْرَ ، فإذا حَلَّ نَجْمُهَا سَلَّمَتْهُ إِلَيْهِمَا ، وإن حَلَّ نَجْمُهَا وهو من جنس مالِ الْكِتَابَةِ^(١) ، وكان في يَدِهَا بِقَدْرِهِ ، دَفَعَتْهُ إِلَى الَّذِي لَمْ يَطَأْهَا ، وَاخْتَسِبَ عَلَى الْوَاطِئِ بِالْمَهْرِ . وإن لم يَكُنْ في يَدِهَا شَيْءٌ ، وكان بِقَدْرِ نَجْمِهَا أَوْ دُونَهُ ، أَخَذَتْ مِنَ الْوَاطِئِ نِصْفَهُ ، وَسَلَّمَتْهُ إِلَى الْآخِرِ ، وإن لم يَكُنْ من جنسِ مالِ الْكِتَابَةِ ، فَاتَّفَقَا عَلَى أَخْذِهِ عَوَضًا عَنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لو كان من جنسِهَا . وإن لم يَتَّفَقَا قَبَضَتْ وَدَفَعَتْ مَا عَلَيْهَا^(٢) مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ مِنْ عَوَضِهِ أَوْ غَيْرِهِ . وإن عَجَزَتْ فَفَسَخَا^(٣) الْكِتَابَةَ ، وكان في يَدِهَا بِقَدْرِ الْمَهْرِ ، أَخَذَهُ الَّذِي لَمْ يَطَأْ ، وَسَقَطَ الْمَهْرُ مِنْ ذِمَّةِ الْوَاطِئِ ، وإن لم يَكُنْ في يَدِهَا شَيْءٌ ، كان للَّذِي لَمْ يَطَأْ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَاطِئِ بِنِصْفِهِ ؛

المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» ، وَ «النَّظْمِ» ، الْإِنْصَافُ وَغَيْرُهُمَا . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ «الشَّرْحِ» ، وَ «الْمُحَرَّرِ» ، وَ «الرُّعَايَتَيْنِ» ، وَ «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ «الْفُرُوعِ» ، وَ «الْفَائِقِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَسْرَى اسْتِيلَادُ أَحَدِهِمَا إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْجَزَ ، فَيَنْظُرَ حَيْثُ نَزَلَ ؛ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، قُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ، وَإِلَّا فَلَا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَكَاتِبَةُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فَسَخَا » .

لأنه واطئٌ جاريةٌ مُشترَكةٌ بينهما ، فإن حَبَلَتْ منه صارت أمٌ وَلَدٍ له ، وعليه نصفُ قيمَتِها لشريكه مع نصفِ المَهْرِ الواجب لها ، مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا ، فإن كان مُوسِرًا أدَّاهُ في الحال ، وإن كان مُعْسِرًا فهو في ذِمَّتِهِ . هذا ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . فعلى هذا ، تَصِيرُ أمٌ وَلَدٍ للواطئ ، ومُكَاتَبَةٌ له كأنه اشترَاها ، وتكونُ مُبْقَاةً على ما بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِها ، وتُعتَبَرُ قيمَتُها مُكَاتَبَةٌ مُبْقَاةً على ما بَقِيَ عليها^(١) مِنْ كِتَابَتِها . واختار القاضي أنه إن كان مُعْسِرًا لم يَسِرِ الإحْبَالُ ؛ لأنه بِمَنْزِلَةِ الإِغْتِقَالِ بالقول ، يُعتَبَرُ اليَسَارُ في سِرَائَتِهِ ، ونَصِيبُ الواطئ قد ثَبَتَ له حُكْمُ الاستِيلادِ وحُكْمُ الكِتَابَةِ ، ونَصِيبُ شريكه لم يَثْبُتْ له إِلَّا حُكْمُ الكِتَابَةِ ، فإن أدَّتْ إليهما عَتَقَتْ وبَطَلَ حُكْمُ الاستِيلادِ ،^(٢) وإن عَجَزَتْ وفَسَخَا الكِتَابَةَ ، ثَبَتَ لِنَصِفِها حُكْمُ الاستِيلادِ^(٣) ، ونَصِفُها قِنْ لا يَقُومُ على الوارِثِ وإن كان مُوسِرًا ؛ لأنه ليس بِعَتَقٍ . وإن مات الواطئ قبلَ عَجْزِها ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وسَقَطَ حُكْمُ الكِتَابَةِ فيه ، وكان الباقي مُكَاتَبًا . وإن كان الواطئ مُوسِرًا ، فقد ثَبَتَ لِنَصِفِها حُكْمُ الاستِيلادِ ، ونَصِفُها [٤٦/٦ ط] الآخِرُ مَوْقُوفٌ ، فإن أدَّتْ إليهما عَتَقَتْ كُلُّها ، وولَّأها لهما ، وإن عَجَزَتْ وفُسِخَتِ الكِتَابَةُ ، قَوَّماها حينئِذٍ على الواطئ ، فيُدْفَعُ إلى شريكه قِيمَةُ نَصِيبِهِ ، ويَصِيرُ جَمِيعُها

(١) سقط من : م .

(٢ - ٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

أُمُّ وَلَدٍ لَهُ . فَإِنْ مَاتَ عَتَقَتْ عَلَيْهِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهَا لَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ ، أَنَّهَا تُقَوِّمُ عَلَى الْمُوسِرِ ، وَتَبْطُلُ الْكِتَابَةُ فِي نِصْفِ الشَّرِيكِ ، وَيَصِيرُ جَمِيعُهَا أُمُّ وَلَدٍ ، وَنِصْفُهَا مُكَاتَبًا لِلوَاطِئِ ، فَإِنْ أَدَّتْ نَصِيبَهُ إِلَيْهِ عَتَقَتْ وَسَرَى إِلَى الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، وَعَتَقَ جَمِيعُهَا ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، فَفَسَخَ^(١) الْكِتَابَةُ ، كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ خَاصَّةً ، فَإِذَا مَاتَ عَتَقَتْ كُلُّهَا . وَلَنَا ، أَنَّ بَعْضَهَا أُمُّ وَلَدٍ ، فَكَانَ جَمِيعُهَا كَذَلِكَ ، كَمَا لَوْ كَانَ الشَّرِيكُ مُوسِرًا^(٢) ، يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ الْوَلَدَ حَاصِلٌ مِنْ جَمِيعِهَا ، وَهُوَ كُلُّهُ مِنَ الْوَاطِئِ ، وَنَسَبُهُ لَاحِقٌ بِهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ ذَلِكَ لَجَمِيعِهَا ، وَيُفَارِقُ الْإِعْتِقَاقَ ؛ فَإِنَّهُ أَوْضَعُ ، عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ . وَلَنَا عَلَى أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَبْطُلُ بِالتَّقْوِيمِ ، أَنَّهَا «عَقْدٌ لَازِمٌ»^(٣) ، فَلَا تَبْطُلُ مَعَ بَقَائِهَا بِفِعْلِ صَدَرَ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ اسْتَوْلَدَهَا وَهِيَ فِي مِلْكِهِ ، أَوْ كَمَا لَوْ لَمْ تَحْبِلْ مِنْهُ ، وَأَمَّا الْوَلَدُ ، فَإِنَّهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ فِيهِ شُبْهَةٌ ، وَنَسَبُهُ لَاحِقٌ بِهِ ؛ لِذَلِكَ ، وَلَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا وَضَعَتْهُ^(٤) فِي مِلْكِهِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَجِبُ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ شَرِيكِهِ انْتَقَلَ إِلَيْهِ مِنْ حِينِ الْعُلُوقِ ، وَفِي تِلْكَ الْحَالِ لَمْ تَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ . وَالثَّانِيَةُ ، عَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مِنْ سَبِيلِ هَذَا النِّصْفِ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِشَرِيكِهِ ، فَقَدْ أَتْلَفَ رِقَّةً عَلَيْهِ ،

الإِنصَافُ

(١) فِي م : « فَمَسَخَتْ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مُعْسِرًا » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « عَنْهُ لَازِمَةٌ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَضِيعَةً » .

الشرح الكبير فكان عليه نصف قيمته . قال القاضي : هذه الرواية أصح على^(١) المذهب . وذكر هاتين الروایتين أبو بكر ، واختار^(٢) أنها إن وضعت بعد التقويم فلا شيء على الواطئ ، وإن وضعت قبل التقويم غرم نصف قيمته ، فإن ادعى الواطئ^(٣) الاستبراء ، فأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء ، لم يلحق به ، ولم تصر أم ولد ، وكان حكم ولدها حكمها . وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء ، لحق به ، كما لو كان قبل الاستبراء ؛ لأننا تبيننا أنها كانت حاملاً وقت الاستبراء ، فلم يكن ذلك استبراء .

٣٠١ - مسألة : وإن (وطئها) جميعاً ، فقد وجب لها (على كل واحد منهما) مهرٌ مثلها . فإن كانت في الحالين على صفة واحدة ، فهما سواء في الواجب عليهما . وإن كانت بكرة حين وطئها الأول ، فعليه مهر بكرة ، وعلى الآخر مهر ثيب ، فإن كان نجهما لم يحل ، فلها مطالبتهما بالمهرين . وإن كان قد حل ، وهو من جنس المهر ، تقاصاً ، على ما ذكرنا في المقاصة . فإن أدت إليهما عتقت ، وكان لها المطالبة بالمهرين ، وإن عجزت نفسها ، وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين ، وكانا سواء ، لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء ؛ لأنها قبضتاهما وهي مستحقة

الإنصاف

(١) في م : « في » .

(٢) في م : « ذكر » .

(٣) بعده في م : « لها » .

الشرح الكبير

لذلك . فإن كان في يديها اقتسماهما ، وإن تلفا أو بعضهما ، [٤٧/٦ و] فلا شيء لهما ؛ لأن السيد لا يثبت له دينٌ على مملوكه . وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين ، وهما سواء ، سقط عن كل واحدٍ منهما^(١) ما عليه ، وإن كان أحدهما أقل من الآخر ، تقاص^(٢) منهما بقدر أقلهما ، ويرجع من عليه أقلهما على الآخر ينصف الزيادة ، وإن قبضت من أحدهما دون الآخر ، رجع المقبوض منه على الآخر ينصف ما عليه ، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر ، أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر ، رجع من قبض منه الأكثر على الآخر ينصف الزيادة التي أداها . فإن أفضاها أحدهما بوطئه ، فعليه لها ثلث قيمتها ؛ لأن الإفضاء في الحرقة يوجب ثلث دينها ، فيوجب في الأمة ثلث قيمتها^(٣) مع المهر ، ويحتمل أن يلزمه في الإفضاء ثلث نقصها . وقال القاضي : يلزمه قيمتها^(٣) . وهو مذهب الشافعي . وهذا الخلاف مبني على الواجب في إفضاء الحرقة . وسنذكره إن شاء الله تعالى . فإن فسخت الكتابة ، رجع من لم يفضها على الآخر ينصف قيمة الإفضاء ، على الخلاف المذكور . فإن ادعى كل واحدٍ منهما على الآخر أنه الذي أفضاها ، أو وطئها ، حلف كل واحدٍ منهما ، وبرئ . وإن نكل أحدهما قضى عليه . وإن كان الخلاف^(٣) قبل

الإنصاف

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « تقاصا » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

المقنع فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، صَارَتْ أُمًّا وَلَدِلَهُ ، وَيَغْرُمُ لَشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا . وَهَلْ يَغْرُمُ نِصْفَ قِيمَةِ وَلَدِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير عَجَزَهَا ، فَادَّعَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ ادَّعَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى .

٣٠١١ - مسألة : (وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، صَارَتْ أُمًّا وَلَدِلَهُ ، وَيَغْرُمُ لَشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا . وَهَلْ يَغْرُمُ نِصْفَ قِيمَةِ وَلَدِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ وَالْخِلَافَ فِيهِ ، فِيمَا إِذَا وَطَّئَهَا أَحَدُهُمَا .

الإصناف وقوله : وَيَغْرُمُ لَشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا . بِلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ هَلْ يَغْرُمُ نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً ، أَوْ نِصْفَ قِيمَتِهَا قِتْنًا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، الْأَوَّلُ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَغْرُمُ نِصْفَ قِيمَتِهَا قِتْنًا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَهَلْ يَلْزِمُهُ الْمَهْرُ كَامِلًا أَوْ نِصْفُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، الْأَوَّلُ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَلْزِمُهُ نِصْفُ الْمَهْرِ فَقَطْ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .

قوله : وَهَلْ يَغْرُمُ نِصْفَ قِيمَةِ وَلَدِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَغْرُمُ نِصْفَ قِيمَتِهِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذِهِ الرِّوَايَةُ أَصَحُّ عَلَى الْمَذْهَبِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي

وَأِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ فَالْحَقُّ بِهِمَا ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُمَا ، يَعْتَقُ نِصْفَهَا ^{المقنع} بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا ، وَبَاقِيهَا بِمَوْتِ الْآخَرِ . وَعِنْدَ الْقَاضِي ، لَا يَسْرِي اسْتِيلَادُ أَحَدِهِمَا إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْجَزَ ، فَيُنْظَرَ حِينَئِذٍ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قَوْمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ، وَإِلَّا فَلَا .

الشرح الكبير

٣٠١٢ - مسألة : (وإن أتت بولدٍ والحق بهما ، صارت أم ولدٍ لهما ، يعتق نصفها بموت أحدهما ، وبقية بموت الآخر) كالمو كان سيدها واحداً واستولدها ، فإنها تعتق بموته (وعند القاضي ، لا يسري استيلاد أحدهما إلى نصيب شريكه) لأنه انعقد له سبب استحقاقه للولاء على نصيبه بالكتابة ، فلم يجز إبطاله بالسراية (إلا أن يعجز ، فينظر حينئذٍ ، فإن كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه ، وإلا فلا) وقد ذكرنا قول القاضي ، وأجبنا عنه فيما سبق .

فصل : فأما إن أولدها كل واحدٍ منهما ، واتفقا على السابقِ منهما ، فعلى قول الخِرَقِيِّ ، تصيرُ أم ولدٍ له ، وولده حرٌّ ، يلحقه نسبه ، والخلافُ في ذلك كالخلافِ فيما إذا انفردَ بإيلادها سواءً . وأما الثاني ، فقد وطئ

« الوجيز » . والرواية الثانية ، لا يعرّمه . قدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ، الإنصاف ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » ، و « شرح ابن رزين » . وهذا المذهب . وقيل : إن وضعته قبل التَّقْوِيمِ ، غرِمَ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، وإلا فلا شيء عليه . اختاره أبو بكر . ويأتى ما يشابه ذلك ، في آخر بابِ أحكامِ أمّهاتِ الأولادِ .

أُمٌ وَلَدَ غَيْرِهِ بِشُبْهَةٍ وَأَوْلَدَهَا ، فَلَا تَصِيرُ أُمٌ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ غَيْرُهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهَا ثُمَّ أَوْلَدَهَا ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا لَهَا ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمْ تَبْطُلْ . وَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَتْ رِقَّةً عَلَيْهِ ، وَكَانَ مِنْ سَبِيلِهِ أَنْ يَكُونَ رَقِيقًا لَهُ ، حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ ، فَتَلَزَمَتْهُ قِيمَتُهُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي وُجُوبِ نِصْفِ قِيمَةِ الْأَوَّلِ خِلَافًا . فَإِنْ قُلْنَا بِوُجُوبِهَا ، تَقَاصًا بِمَا لَوْ أَحَدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ فِي الْقَدْرِ [٤٧/٦ ظ] الَّذِي تَسَاوَى فِيهِ ، وَيَرْجِعُ ذُو الْفَضْلِ بِفَضْلِهِ ، وَتُعْتَبَرُ الْقِيمَةُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَوَّلُ حَالٍ أُمَكْنُ التَّقْوِيمِ فِيهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةَ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ الْمَهْرَ الْوَاجِبَ عَلَى الثَّانِي لِلأَوَّلِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَبْطُلُ بِالْإِسْتِيلَادِ ، وَمَهْرُ الْمُكَاتَبَةِ لَهَا دُونَ سَيِّدِهَا ، وَلَأنَّ سَيِّدَهَا لَوْ وَطَّئَهَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ^(١) ، فَلَأنَّ لَا يَمْلِكُ الْمَهْرَ الْوَاجِبَ عَلَى غَيْرِهِ أَوَّلَى ، وَلَأنَّهُ عَوَضُ نَفْعِهَا ، فَكَانَ لَهَا ، كَأَجْرَتِهَا . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ مُوسِرًا وَالثَّانِي مُعْسِرًا ، فَيَكُونُ كَالْحَالِ الْأَوَّلِ سَوَاءً . قَالَ الْقَاضِي : إِلَّا أَنَّ وَلَدَهُ يَكُونُ مَمْلُوكًا ؛ لِإِعْسَارِهِ بِقِيمَتِهِ . وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَرِيقُ بِإِعْسَارِ وَالِدِهِ ، بِدَلِيلِ وَلَدِ الْمَعْرُورِ مِنْ أُمَةٍ ، وَالْوَالِطِ بِشُبْهَةٍ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِحُرِّيَّةِ الْوَلَدِ ، لَا يَخْتَلِفُ بِالْإِعْسَارِ وَالْيَسَارِ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الْيَسَارُ فِي سِرَايَةِ الْعَتَقِ ، وَلَيْسَ عِتْقُ هَذَا بِطَرِيقِ السَّرَايَةِ ، إِنَّمَا هُوَ

لأجل الشبهة في الوطء ، فلا وجه لاغتيال اليسار^(١) فيه ، والصحيح أنه حر ، وتجب قيمته في ذمة أبيه . الحال الثالث ، أن يكونا مُعسرَيْن ، فإنها تصير أم ولد^(٢) لهما جميعاً ، نصفها أم ولد^(٣) للأول ، ونصفها للثاني . قال : وعلى كل واحدٍ منهما نصف مهرها لصاحبه ، وفي ولدٍ كل واحدٍ منهما وجهان ؛ أحدهما ، أن يكون كله حراً ، وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه . والثاني ، نصفه حر ، وباقيه عبدٌ لشريكه ، إلا أن نصف الولد الأول عبدٌ قن ؛ لأنه تابع للنصف الباقي من الأم ، وأما النصف الباقي من ولد الثاني ، فحكمه حكم أمه ؛ لأنه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للأول ، فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك . ولعل القاضي أراد ما إذا عجزت وفسخت الكتابة ، فأما إذا كانت باقية على الكتابة ، فلها المهر كاملاً على كل واحدٍ منهما ، وإذا حكم برق نصف ولدها ، وجب أن يكون له حكمها في الكتابة ؛ لأن ولد المكاتب يكون تابعاً لها . الحال الرابع ، أن يكون الأول مُعسرًا والثاني مُوسرًا ، فحكمه حكم الثالث سواء ، إلا أن ولد الثاني حر ؛ لأن الحرية تثبت لنصفه بفعل أبيه ، وهو مُوسر ، فسرى إلى جميعه ، وعليه نصف قيمته لشريكه ، ولم تقوم عليه الأم ؛ لأن نصفها أم ولد للأول . ولو صح هذا لوجب أن لا يقوم عليه نصف الولد ؛ لأن حكمه حكم أمه في هذا ، فإذا منع حكم الاستيلاد

(١) في م : « التساوى » .

(٢ - ٣) سقط من : م .

السَّرايَةِ في الأُمِّ ، مَنَعَهُ فيما هو تابعٌ لها . ومذهبُ الشافعيِّ في هذا الفصلِ قريبٌ مما ذَكَرَ القاضي .

فصل : وإن اختلفا في السَّابِقِ منهما ، فادَّعى كلُّ واحدٍ منهما أنَّه السَّابِقُ ، فعلى قولنا ، لها المَهْرُ على كلِّ واحدٍ منهما ، وكلُّ واحدٍ منهما يُقَرُّ لصاحبه بنصفِ قِيَمَةِ الجاريةِ ؛ لأنَّه يَقُولُ : صارت أُمُّ وَلَدِي^(١) بإِجْبالِ إِيَّاهَا ، وَوَجَبَ لِشَرِيكِي على نِصْفِ [٤٨/٦ و] قِيَمَتِهَا ، ولى عليه قِيَمَةُ وَلَدِهِ ؛ لأنَّه يقول : أَوْلَدْتُهَا بعد أن صارت أُمُّ وَلَدِي . وهل يكون مُقَرًّا له^(٢) بنِصْفِ قِيَمَةِ وَلَدِهَا ؟ على وَجْهَيْنِ سَبَقَ ذِكْرُهُما . فعلى هذا ، إنِ اسْتَوَى ما يَدَّعِيهِ وما يُقَرُّ به ، تَقاصًّا وتَساقُطًا ، ولا يَمِينُ على صاحبه ؛ لأنَّه يقولُ : لى عليك مثل ما لك على . والجِنْسُ واحدٌ ، فتساقُطًا ، وإن زاد ما يُقَرُّ به ، فلا شىء عليه ؛ لأنَّ خَصَمَهُ يُكذِّبُهُ في إقرارِهِ . وإن زاد ما يَدَّعِيهِ ، فله اليمينُ على صاحبه في الزِّيادَةِ ، وَيَثْبُتُ لِلأَمَةِ حُكْمُ العِتْقِ في نِصيبِ كلِّ واحدٍ منهما بمَوْتِهِ ؛ لإقرارِهِ بذلك ، ولا يُقْبَلُ قولُهُ على شَرِيكِهِ في إعتاقِ نِصيبِهِ . وقال أبو بكرٍ : في الأَمَةِ قولان ؛ أحدهما ، أن يُقَرَّعَ بينهما ، فتكون أُمُّ وَلَدٍ لِمَنْ تَقَعُ القُرْعَةُ له . والثاني ، تكون أُمُّ وَلَدٍ لهما ، ولا يَطُوُّها واحدٌ منهما . قال : وبالأوَّلِ أقول . وأمَّا القاضي فاختار أنَّهما إن كانا مُوسِرَيْنِ ، فكلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِي المَهْرَ على صاحبه ، ويُقَرُّ له

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « لها » .

بِنَصْفِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ عِنْدَهُمْ لِسَيِّدِهَا دُونَهَا ، وَلَا يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهَا بِمَوْتِ الْأَوَّلِ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْآخِرِ ، فَإِذَا مَاتَ الْآخِرُ عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهَا قَدْ مَاتَ يَقِينًا . وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ بِأَنْ نِصْفَهَا أُمُّ وَلَدِهِ ، وَيُصَدَّقُ الْآخِرُ ؛ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَادَ لَا يَسْرِي مَعَ الْإِغْسَارِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ لَصَاحِبِهِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، وَالْآخِرُ يُصَدَّقُ ، فَيَتَقَاصَّنَ إِنْ تَسَاوَيَا ، وَإِنْ فَضَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، نَظَرْتَ ؛ فَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي الْفَضْلَ ، تَحَالَفَا^(١) وَسَقَطَ ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ بِالْفَضْلِ ، سَقَطَ ؛ لِتَكْذِيبِ الْمُقَرِّ لَهُ بِهِ . وَفِي الْوَلَدِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ حُرًّا ، فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي عَلَى الْآخِرِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، نِصْفُهُ حُرٌّ ، فَيُقَرُّ بِأَنْ نِصْفَ الْوَلَدِ مَمْلُوكٌ لِشَرِيكِهِ ، فَيَكُونُ الْوَلَدَانِ^(٢) بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَتَقَاصَّنَ إِنْ اسْتَوَتْ قِيَمَةُ الْوَلَدَيْنِ . وَلَا يَمِينُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، وَأَيُّهُمَا مَاتَ ، عَتَقَ^(٣) نَصِيبُهُ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فَالْمُوسِرُ يُقَرُّ لِلْمُعْسِرِ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْأَمَةِ وَنِصْفِ مَهْرٍ مِثْلِهَا ، وَيَدَّعِي عَلَيْهِ جَمِيعَ الْمَهْرِ وَقِيَمَةَ الْوَلَدِ ، وَالْمُعْسِرُ يُقَرُّ لِلْمُوسِرِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ وَنِصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ، فَيَسْقُطُ إِقْرَارُ الْمُوسِرِ لِلْمُعْسِرِ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ؛ لَكَوْنِهِ لَا يَدَّعِيهِ وَلَا يُصَدَّقُ فِيهِ ، وَيَتَقَاصَّنَ بِالْمَهْرِ ؛

(١) فِي الْأَصْلِ : « تَحَالَفَ » .

(٢) فِي م : « الْوَلَدِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « عَنْ » .

لاستوائيهما فيه ، ويدفع المعسر إلى المؤسر نصف قيمة الولد ؛ لإقراره به ، ويخلف على ما يدعيه عليه من الزيادة ؛ لأنه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ، ويخلف له المؤسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه . وأما الجارية ، فإن نصيب المؤسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه ، وباقيته يتنازعانه ، فإن مات المؤسر أولاً عتق نصيبه ، وولأوه لورثته ، فإذا [٤٨/٦ ظ] مات المعسر عتق باقيها ، وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء ، فإذا مات المؤسر عتق جميعها . ويجيء على قول أبي بكر ، أن يُقرع بينهما على ^(١) النصف المختلف فيه .

فصل : فإن وطئها معاً ، فأتت بولد ، لم يخل من ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، أن لا يمكن أن يكون من واحدٍ منهما ، مثل أن تأتي به ^(٢) بعد استيرائها منها ، أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحدٍ منهما ، ^(٣) أو قبل مضي ستة أشهرٍ منذ وطئها كل واحدٍ منهما ^(٤) فيكون منفيًا عنهما ، مملوكًا لهما ^(٤) ، حكمه حكم أمه في العتق بأدائها . وتقبل دغوى الاستبراء من كل واحدٍ منهما ؛ لأن دغوى الاستبراء في الأمة كاللعان في الحرّة .

(١) في م : « في » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) في الأصل : « لها » .

الشرح الكبير

القسم الثاني ، أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه ، فالحكم فيه حكم ما إذا ولدت من أحدهما بعينه ، من وجوب المهر لها ، وقيمة نصفها لشريكه ، مع الخلاف في ذلك . فأما الذي لم تحبل من وطئه ، فإن كان الأول ، فعليه المهر لها ، وإن كان الثاني فقد وطئ أم ولد غيره ، فإن كانت الكتابة باقية ، فعليه المهر لها أيضًا ، وإن كانت قد فسخت ، فالمهر للذي استولدها ، وقد وجب للثاني على الأول نصف قيمتها . وفي قيمة نصف الولد روايتان . فإن كان المهر للأول ، تقاصًا بقدر أقل الحقيين ، وإن كان المهر لها ، رجع بحقه على الذي أحبلها . وأما القاضي ، فقال في هذا القسم : الحكم في الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء ، على ما مضى من التفصيل ، وأما الثاني ، فإن وطئها بعد ولادتها من الأول ، نظرنا ؛ فإن وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للأول ، فعليه مهر مثلها ، فإن كان فسخ الكتابة في حق نفسه لعجزها ، فالمهر له ؛ لأنها أم ولده ، وإن كان لم يفسخ ، فالمهر بينه وبينها نصفين ، وإن وطئها بعد زوال الكتابة في حقه ، وقبل الحكم بأنها أم ولد للأول ، سقط عنه نصف مهرها ؛ لأن نصفها قن له ، وعليه النصف لها ، إن لم يكن الأول فسخ الكتابة ، أو له إن كان (١) فسخ . وإن كان الأول مُعسرًا ، فنصيبه منها أم ولد له ، ولها عليهما المهران ، والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم . فأما إن كان الولد من الثاني ، فالحكم في وطء الأول كالحكم فيه إذا وطئ مُنفرِدًا

الإنصاف

(١) سقط من : م .

فصل: وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمُكَاتَبِ . وَمُشْتَرِيهِ يَقُومُ مَقَامَ الْمُكَاتَبِ .

الشرح الكبير ولم يُحِبَّهَا . وَأَمَّا الثَّانِي ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ عِنْدَ الْعَجْزِ ، فَإِنْ فَسَخَا الْكِتَابَةَ قَوْمَانَهَا عَلَيْهِ ، وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ، وَإِنْ رَضِيَ الثَّانِي بِالْمُقَامِ عَلَى الْكِتَابَةِ ، قَوْمْنَا عَلَيْهِ نَصِيبُ الْأَوَّلِ ، وَصَارَتْ كُلُّهَا أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ، وَنَصَفُهَا مُكَاتَبٌ ، وَيَرْجِعُ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي بِنَصْفِ الْمَهْرِ وَنَصْفِ قِيمَةِ الْوَلَدِ ، عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِنَصْفِ الْمَهْرِ ، فَيَتَقَاصَّانَ بِهِ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا عَلَيْهِمَا ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي مُعْسِرًا ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ وَلَدَتْ مِنَ الْأَوَّلِ وَكَانَ مُعْسِرًا ، لَا فَضْلَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ . [٤٩/٦ و] الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَيُرَى الْقَافَةُ مَعَهُمَا ، فَيُلْحَقُ بِمَنْ أَلْحَقُوهُ بِهِ « مِنْهُمَا » ، فَمَنْ أَلْحَقَ بِهِ ^(١) ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ عَرَفَ أَنَّهُ مِنْهُ بَغَيْرِ قَافَةٍ .

٣٠١٣ - مسألة : (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمُكَاتَبِ . وَمُشْتَرِيهِ يَقُومُ مَقَامَ الْمُكَاتَبِ) وَمِمَّنْ قَالَ بِجَوَازِ بَيْعِ الْمُكَاتَبِ ؛ عَطَاءٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَهُوَ قَدِيمُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . قَالَ : وَلَا وَجْهَ لِقَوْلِ مَنْ قَالَ :

الإِنصاف قوله : وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمُكَاتَبِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ . نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَاخْتَارَهُ الْأَصْحَابُ ، وَقَدَّمُوهُ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

لا يجوز . وحكى أبو الخطّاب رواية أخرى عن أحمد ، أنه لا يجوز بيعه . وهو قول مالك ، وأصحاب الرأي ، والجديد من قول الشافعي ؛ لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه ، فمنع بيعه ، كبّعه لأجنبي ، وعقده . وقال الزهري ، وأبو الزناد : يجوز بيعه برضاه ، ولا يجوز بغيره . وحكى ذلك عن أبي يوسف ؛ لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها^(١) ، ولأن لسيدته استيفاء منافعه برضاه ، ولا يجوز بغير رضاه ، كذلك بيعه . ولنا ، ما روى عروة عن عائشة ، أنها قالت : جاءت بريرة إلى ، فقالت : يا عائشة ، إني كاتبٌ أهلي على تسع أواق ، في كل عام أوقية ، فأعنيني . ولم تكن قصت من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة ، ونفست^(٢) فيها : ارجعي إلى أهلِكَ ، إن أحبوا أن أعطيتهم ذلك جميعاً فعلت . فذهبت بريرة إلى أهلها ، فعرضت عليهم ذلك ، فأبوا ، وقالوا : إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ، ويكون ولاؤك لنا . فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ ، فقال : « لا يمنعك ذلك منها ، ابتاعى وأعتق ، إنما الولاء لمن أعتق » . فقام رسول الله ﷺ في الناس ، فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : « أما بعد ، فما بال ناس يشترون شروطاً ليست في كتاب الله ، من

بيعه مطلقاً . وعنه ، لا يجوز بيعه بأكثر من كتابته . حكاها ابن أبي موسى . فعلى الإنصاف المذهب ، يقوم المشتري مقام البائع .

(١) تقدم تخريجه في ٢٣٤/١١ ، ٢٣٥ .

(٢) في م : « نفست » . ونفست : رغبت .

اَشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُهُ أَوْثَقُ ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : بَيَعْتُ بَرِيرَةَ بِعِلْمِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ ، لَمْ يُنْكَرْ ذَلِكَ ، فَفِي ذَلِكَ أَتَيْنُ الْبَيَانَ أَنَّ بَيْعَهُ جَائِزٌ ، وَلَا أَعْلَمُ خَبَرًا يُعَارِضُهُ ، وَلَا أَعْلَمُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَخْبَارِ دَلِيلًا عَلَى عَجْزِهَا . وَتَأَوَّلَهُ الشَّافِعِيُّ عَلَى أَنَّهَا كَانَتْ قَدْ عَجَزَتْ ، وَكَانَ بَيْعُهَا فَسْخًا لِكِتَابَتِهَا . وَهَذَا التَّأْوِيلُ بَعِيدٌ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ فِي غَايَةِ الْقُوَّةِ ، وَلَيْسَ فِي الْخَبَرِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ^(١) ، بَلْ قَوْلُهَا : أَعِينَنِي عَلَى كِتَابَتِي . دَلِيلٌ عَلَى بَقَائِهَا عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَلِأَنَّهَا أَخْبَرَتْهَا أَنَّ نَجْوَمَهَا فِي كُلِّ ^(٢) عَامٍ أَوْقِيَّةٌ ، فَالْعَجْزُ إِنَّمَا يَكُونُ بِمُضِيِّ عَامَيْنِ عِنْدَ مَنْ لَا يَرَى الْعَجْزَ إِلَّا بِحُلُولِ نَجْمَيْنِ ، أَوْ بِمُضِيِّ عَامٍ عِنْدَ الْآخَرِينَ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ شِرَاءَ عَائِشَةَ لَهَا كَانَ فِي أَوَّلِ كِتَابَتِهَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ حَرِّبَتِهَا مُسْتَقَرٌّ ^(٣) عَلَى وَجْهِ لَا يُمَكِّنُ فَسْخَهُ بِحَالٍ ، فَأَشْبَهَ الْوَقْفَ ، وَالْمُكَاتَبُ يَجُوزُ رَدُّهُ إِلَى الرَّقِّ وَفَسْخُ كِتَابَتِهِ إِذَا عَجَزَ ، فَافْتَرَقَا . قَالَ ابْنُ

فائدة : حُكْمُ هَبْتِهِ وَالْوَصِيَّةِ بِهِ حُكْمُ بَيْعِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، لَا تَجُوزُ هَبْتُهُ . وَتَقَدَّمَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، الْوَصِيَّةُ بِالْمُكَاتَبِ ، وَبِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا ، أَوْ بِرَقَّتَيْهِ ، فِي بَابِ الْمُوصَى بِهِ . فَلْيُرَاجَعْ .

فائدة أخرى : لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ مِنْ نَجْوَمِ الْكِتَابَةِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « استقر » .

الشرح الكبير

أبى موسى : هل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما كاتب^(١) عليه ؟ على روايتين . ولأن المكاتب عبد مملوك لسيدِه لم يتحتَّم عتقه ، [٤٩/٦ ظ] فجاز بيعه ، كالمُعلَق عتقه بصفة ، والدليل على أنه مملوك قولُ النبي ﷺ : «^(٢) المكاتبُ عبدٌ ما بقى عليه درهمٌ »^(٣) . ولأن مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه إذا لم يملك ما يؤدى ؛ لقول النبي ﷺ : «^(٤) إذا كان لأحدكم مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب منه »^(٥) . يدل بمفهوميهِ على أنها لا تحتجب منه قبل ذلك ، وإنما سقط الحجاب عنه ؛ لكونه مملوكها ، ولأنه يصح عتقه ، ولا يصح عتق من ليس بمملوك ، ولأنه يرجع عند العجز إلى كونه قنًا ، ولو صار حرًا ما عاد إلى الرق ، ويفارق اعتاقه ؛ لأنه يُزيل الرق بالكلية ، وليس بعقد ، إنما هو إسقاط للملك فيه ، وأما بيعه ، فلا يُمنع المشتري بيعه ، وأما البائع ، فلم يبق له فيه ملك ، بخلاف مسائلنا .

فصل : وتجوز هبته ، والوصية به . وقد روى عن أحمد ، أنه منع هبته ؛ لأن الشرع إنما ورد ببيعه . والصحيح جوازها ؛ لأن ما كان في معنى المنصوص عليه ثبت الحكم فيه .

فصل : ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب . وجملة^(٥) ذلك ، أن

(١) في م : « كان » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه في ٣٠٠/٦ .

(٤) تقدم تخريجه في ٣٨٠/١٨ .

(٥) سقط من : الأصل .

المقنع [١٩٧ ظ] فَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِ عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ عَادَ قِنَّا لَهُ ،
وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مُكَاتَبٌ ، فَلَهُ الرَّدُّ أَوْ الْأَرْشُ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

الشرح الكبير
الكِتَابَةُ لَا تَنْفَسِخُ فِيهِ^(١) بِالْبَيْعِ ، وَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهَا . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا
خِلَافًا . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى
أَنْ يَبْعَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَهُ عَلَى أَنْ يُبْطَلَ^(٢) كِتَابَتَهُ بَيْعُهُ ، إِذَا كَانَ مَاضِيًا فِيهَا ،
مُؤَدِّيًا مَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ نُجُومِهِ فِي أَوقَاتِهَا ، غَيْرُ جَائِزٍ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهَا عَقْدٌ^(٣)
لَازِمٌ ، فَلَا يُبْطَلُ بِالْبَيْعِ ، كَالِإِجَارَةِ وَالنِّكَاحِ ، وَيَبْقَى عَلَى كِتَابَتِهِ عِنْدَ
الْمُشْتَرِي وَعَلَى نُجُومِهِ ، كَمَا كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ،
يُؤَدَّى إِلَى^(٤) الْمُشْتَرِي مَا كَانَ يُؤَدَّى إِلَى الْبَائِعِ .

٣٠١٤ - مسألة : (فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ عَادَ
قِنَّا لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مُكَاتَبٌ ، فَلَهُ الرَّدُّ أَوْ^(٥) الْأَرْشُ) إِذَا أَدَّى إِلَى
الْمُشْتَرِي عَتَقَ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُكَاتَبِ فِيهِ انْتَقَلَ إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَصَارَ
الْمُشْتَرِي^(٦) هُوَ الْمُعْتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « إِنَّمَا
الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . وَقَدْ ذَلَّ^(٧) عَلَى ذَلِكَ^(٨) حَدِيثُ بَرِيرَةَ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ

الإصناف

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « تبطل » .

(٣) بعده في الأصل : « جائز » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في النسختين : « و » .

(٦ - ٦) في م : « عليه » .

ولاءها لعائشة حين اشترتها وأعتقتها . وإن عجز عاد قنأ له ؛ لأنه صار سيده ، فقام مقام المكاتب ، وإن لم يعلم أنه مكاتب ، ثم علم ذلك ، فله فسخ البيع ، أو أخذ الأرض ؛ لأن الكتابة عيب^(١) ، لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ، ولا يستحق كسبه ولا استخداً له ، ولا الوطاء إن كانت أمة ، فملك الفسخ ، كسواء الأمة المزوجة ، فيخير حينئذ بين الفسخ والرجوع بالثمن ، وبين الإمساك مع الأرض ، على ما ذكرنا في البيع .

فصل : فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه ، فلا يصح . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور . وقال عطاء ، وعمر بن دينار ، ومالك : يصح ؛ لأن السيد يملكها في ذمة المكاتب ، فجاز بيعها ، كسائر أمواله . ولنا ، أنه دين غير مستقر ، فلم يجز بيعه ، كدين السلم ، ودليل عدم الاستقرار ، أنه معرض للسقوط بعجز المكاتب ،^(٢) ولأنه لا يملك السيد إجبار العبد على أدائه ولا إلزامه بتحصيله ، فلم يجز بيعه ، [٥٠/٦] كالعدة بالتبرع ، ولأنه غير مقبوض ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض^(٣) . فإن باعه فالبيع باطل ، وليس للمشتري مطالبة المكاتب بتسليمه إليه ، وله الرجوع بالثمن على البائع .

(١) في الأصل : « عيب » .

(٢-٢) في الأصل : « لأنه » .

(٣) تقدم تخريجه في ٥٠٦/١١ .

إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ . وَإِنْ سَلَّمَ الْمُكَاتَبُ إِلَى الْمُشْتَرِي نُجُومَهُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَضَمَّنَ الْإِذْنَ فِي الْقَبْضِ ، فَأُشْبِهَ قَبْضَ الْوَكِيلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَتِبْهُ فِي الْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا قَبْضَ لِنَفْسِهِ بِحُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، فَكَانَ الْقَبْضُ فَاسِدًا ، فَلَمْ يَعْتَقُ ، بِخِلَافِ وَكِيلِهِ ، فَإِنَّهُ اسْتَتَابَهُ . وَلَوْ صَرَّحَ بِالْإِذْنِ لَمْ يَكُنْ مُسْتَتَبًا لَهُ فِي الْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا إِذْنُهُ فِي الْقَبْضِ بِحُكْمِ الْمُعَاوَضَةِ ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ التَّصْرِيحِ وَعَدَمِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ . بَرِئَ الْمُكَاتَبُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَيَرْجِعُ السَّيْدُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمَا قَبَضَهُ ؛ لِأَنَّهُ كَالنَّائِبِ عَنْهُ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ ، وَكَانَ قَدْ تَلَفَ ، تَقَاصًا بِقَدْرِ أَقْلِهِمَا ، وَرَجَعَ ذُو الْفَضْلِ بِفَضْلِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَعْتَقُ بِذَلِكَ . فَمَالُ الْكِتَابَةِ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ ، وَيَرْجِعُ الْمُكَاتَبُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ . فَإِنْ سَلَّمَهُ الْمُشْتَرِي إِلَى الْبَائِعِ ، لَمْ يَصِحَّ تَسْلِيمُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بغيرِ إِذْنِ الْمُكَاتَبِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَخَذَهُ مِنْ مَالِهِ بغيرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، تَرَاجَعَا بِمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ . وَإِنْ بَاعَهُ ^(١) مَا أَخَذَهُ بِمَا لَهُ ^(٢) فِي ذِمَّتِهِ ، وَكَانَ مِمَّا يَجُوزُ الْبَيْعُ فِيهِ ، جَازَ إِذَا كَانَ مَا قَبَضَهُ السَّيْدُ بَاقِيًا ، وَإِنْ كَانَ قَدْ تَلَفَ وَوَجَبَتْ قِيَمَتُهُ ، وَكَانَتْ ^(٣) مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، تَقَاصًا ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْبُوضُ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَتَحَاسَبَا بِهِ ، جَازَ .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « بَمَا أَخَذَهُ مِنْ مَالِهِ » .

(٢) فِي م : « كَانَ » .

وَإِنْ اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُكَاتِبِينَ الْآخَرَ ، صَحَّ شِرَاءُ الْأَوَّلِ ، ^{المقنع}
وَبَطَلَ شِرَاءُ الثَّانِي ، سَوَاءٌ كَانَا لِوَاحِدٍ أَوْ لِاثْنَيْنِ .

الشرح الكبير

فصل : وإذا كان للمُكَاتِبِ وَلَدٌ يَتَّبِعُهُ فِي الْكِتَابَةِ ، فَبَاعَهُمَا ، صَحَّ ؛
لأنَّهُمَا مِلْكُهُ ، وَلَا مَانِعَ مِنْ بَيْعِهِمَا ، وَيَكُونَانِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي كَمَا كَانَا عِنْدَ
الْبَائِعِ سَوَاءً . وَإِنْ بَاعَ أَحَدَهُمَا ذُوْنَ صَاحِبِهِ ، أَوْ بَاعَ أَحَدَهُمَا الرَّجُلِ ، وَبَاعَ
الْآخَرَ لِغَيْرِهِ ، لَمْ يَصَحَّ ؛ لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْوَالِدِ
وَوَلَدِهِ فِي الْبَيْعِ إِلَّا بَعْدَ الْبُلُوغِ ؛ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْوَلَدَ
تَابِعٌ لَوَالِدِهِ ، وَلَهُ كَسْبُهُ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، فَصَارَ فِي مَعْنَى مَمْلُوكِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ
التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْآخَرَى ، يَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ ؛
لأنَّهُ مَحَلٌّ لِلْبَيْعِ ، صَدَرَ فِيهِ التَّصَرُّفُ مِنْ أَهْلِهِ ، وَيَكُونُ عِنْدَ مَنْ هُوَ عِنْدَهُ
عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ بَيْعِهِ ، لَوَالِدِهِ كَسْبُهُ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ وَأَرْشُ جِنَايَتِهِ ،
وَيَعْتَقُ بَعْتَهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَعَ الْوَالِدِ .

فصل : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِمُكَاتِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ سَيِّدِهِ فِي الْمُعَامَلَةِ
كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَلِذَلِكَ جَازَ دَفْعُ زَكَاتِهِ إِلَيْهِ . فَإِنْ قَالَ : ضَعُّوا عَنْ مُكَاتِبِي
بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، أَوْ : بَعْضَ مَا عَلَيْهِ . وَضَعُّوا مَا شَاءُوا ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا .
وَقَدْ ذَكَرْنَا نَحْوَهُ فِي الْوَصَايَا ^(١) .

٣٠١٥ - مسألة : (وَإِنْ اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُكَاتِبِينَ الْآخَرَ ،
صَحَّ شِرَاءُ الْأَوَّلِ ، وَبَطَلَ شِرَاءُ الثَّانِي ، وَسَوَاءٌ كَانَا لِوَاحِدٍ أَوْ لِاثْنَيْنِ)

قوله : وَإِنْ اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُكَاتِبِينَ الْآخَرَ ، صَحَّ شِرَاءُ الْأَوَّلِ وَبَطَلَ

الإنصاف

(١) انظر ما تقدم في ٢٨٣/١٧ .

لا خلاف في أن المكاتب [٥٠/٦ ظ] يصح شراؤه للعبيد^(١) ، والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا ، في الصحيح من المذهب . فإذا اشترى أحدهما الآخر ، صح شراؤه ، وملكه ؛ لأن التصرف صدر من أهله في محله ، وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لثنين . فإن عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه ، لم يصح ؛ لأنه سيده ومالكه ، وليس للمملوك أن يملك ماله ؛ لأنه يفضى إلى تناقض الأحكام ، إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه : أنا سيدك ، ولى عليك مال الكتابة تؤديه إلى ، وإن عجزت فلى فسخ كتابتك وردك إلى أن تكون رقيقاً^(٢) . وهذا تناقض ، وإذا "تناهى أن تملك"^(٣) المرأة زوجها ملك اليمين ؛ لثبوت ملكه عليها في النكاح ، فهنا أولى ، ولأنه لو صح هذا ،^(٤) لتقاص الدينان^(٥) إذا تساويا ، وعتقا جميعاً . إذا ثبت هذا ، فشرء الأول صحيح ، والمبيع منهما باقٍ على كتابته ، فإن أدّى عتق ، وولأوه موقوف ، فإن أدّى سيده كتابته ، كان الولاء له ؛ لأنه عتق بأدائه إليه ، وإن عجز ، فولأوه لسيده ؛ لأن العبد لا يثبت له ولأه^(٦) ، ولأن السيد يأخذ ماله ، فكذلك حقوقه . هذا مقتضى قول

شرء الثانی ؛ سواء كانا لواحدٍ أو اثنين . وهذا بلا نزاع ، على القول بجواز بيع المكاتب .

(١) في الأصل : « للعبد » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) في م : « تناقض بملك » .

(٤ - ٤) في م : « لتقاصا الدينين » .

القاضي . ومقتضى قول أبي بكر ، أَنَّ الْوَلَاءَ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ لَا يَثْبُتُ لَهُ الْوَلَاءُ ، فَيَثْبُتُ لِسَيِّدِهِ . ذَكَرَ (١) ذَلِكَ (٢) فِيمَا إِذَا أُعْتِقَ (٣) بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، أَوْ كَاتَبَ عَبْدَهُ فَأَدَّى كِتَابَتَهُ ، وَهَذَا نَظِيرُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، لَكَوْنِ الْعِتْقِ ثَمًّا (٤) بِإِذْنِ السَّيِّدِ ، فَيَحْصُلُ الْإِنْعَامُ عَنْهُ بِإِذْنِهِ فِيهِ ، وَهَهُنَا لَا يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِهِ ، فَلَا نِعْمَةٌ لَهُ عَلَيْهِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ عَلَيْهِ وَلَاءٌ ، مَا لَمْ يُعْجِزْهُ (٥) سَيِّدُهُ .

٣٠١٦ - مسألة : فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ السَّابِقُ مِنْهُمَا (فَسَدَ الْبَيْعَانِ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، وَيُرَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَشْكُوكٌ فِي صِحَّةِ بَيْعِهِ ، فَيُرَدُّ إِلَى الْيَقِينِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يُجْرَى مَجْرَى

وقوله : وَإِنْ جُهِلَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا فَسَدَ الْبَيْعَانِ . وهذا المذهب . اختاره أبو بكر وغيره . وجزم به في « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، وغيرهم . وقدمه في « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِتِ » . وقال القاضي : يُفْسَخَانِ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ وَأَشْكَلَ السَّابِقُ مِنْهُمَا ، أَوْ يُقْرَعُ . وجزم به في « الْمُحَرَّرِ » .

(١) في م : « ذكر » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في الأصل : « عتق » .

(٤) في الأصل : « تم » .

(٥) في النسختين : « يعجز » . وانظر المغني ٥٦٤/١٤ .

المقنع وَإِنْ أُسِرَ الْعَدُوُّ الْمُكَاتَبَ ، فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ ، فَأَحَبَّ سَيِّدُهُ ، أَخَذَهُ بِمَا اشْتَرَاهُ ، وَإِلَّا فَهُوَ عِنْدَ مُشْتَرِيهِ ، مُبَقًى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ .

الشرح الكبير ما إذا زَوَّجَ الْوَلِيُّانِ فَأَشْكَلَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا . فَيَقْتَضِي هَذَا أَنْ يُفْسَخَ الْبَيْعَانِ كَمَا يُفْسَخُ النِّكَاحَانِ . وعلى قولِ أَبِي بَكْرٍ ، لَا يُحْتَاجُ إِلَى الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ إِنَّمَا احْتِيجَ فِيهِ ^(١) إِلَى الْفَسْخِ مِنْ أَجْلِ الْمَرَاةِ ؛ فَإِنَّهَا مَنْكُوحَةٌ نِكَاحًا صَحِيحًا لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقِينًا ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِفَسْخٍ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَمْ يَثْبُتْ تَعَيُّنُ ^(٢) الْبَيْعِ فِي وَاحِدٍ بَعَيْنِهِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى فَسْخٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٠١٧ - مسألة : (وَإِنْ أُسِرَ الْعَدُوُّ الْمُكَاتَبَ ، فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ ، فَأَحَبَّ سَيِّدُهُ ، أَخَذَهُ بِمَا اشْتَرَاهُ ، وَإِلَّا فَهُوَ عِنْدَ مُشْتَرِيهِ ، مُبَقًى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ) إِذَا أُسِرَ ^(٣) الْكُفَّارُ مُكَاتَبًا ، ثُمَّ اسْتَنْفَذَهُ الْمُسْلِمُونَ ، فَالْكِتَابَةُ بِحَالِهَا . فَإِنْ أُخِذَ فِي الْعَنَائِمِ فَعُلِمَ بِحَالِهِ ، أَوْ أَدْرَكَهُ سَيِّدُهُ قَبْلَ قَسَمِهِ ، أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَهُوَ عَلَى كِتَابَتِهِ ، كَمَنْ لَمْ

الإنصاف قوله : وَإِنْ أُسِرَ الْعَدُوُّ الْمُكَاتَبَ ، فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ ، فَأَحَبَّ سَيِّدُهُ ، أَخَذَهُ بِمَا اشْتَرَاهُ [١٥١/٣ ظ] ، وَإِلَّا فَهُوَ عِنْدَ مُشْتَرِيهِ ، مُبَقًى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ . قَالَ النَّاطِمُ :

(١) سقط من : الأصل .

(٢) م : « يقين » .

(٣) في الأصل : « اشترى » .

الشرح الكبير

يُؤَسَّرُ ، وإن لم يُدْرِكْهُ حتَّى قُسِمَ ، وصار في سَهْمِ بعضِ الغانمين ، أو اشتراه رجلٌ من الغنيمَةِ قبلَ قَسْمِهِ ، أو من المشركين ، وأُخْرِجَهُ إلى سيده ، فإنَّ السيدَ أَحَقُّ به بالثَّمَنِ الذي ابتاعه به . وفيما إذا كان غنيمَةً رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ إذا قُسِمَ فلا حَقَّ لسيده فيه بحالٍ . فَيُخْرَجُ في المُشْتَرَى [٥١/٦] مثلُ ذلك . وعلى كُلِّ تَقْدِيرٍ ، فإنَّ سيده إن أَخَذَهُ ، فهو مُبَقًى على ما بَقِيَ من كتابته ، وإن تَرَكَه ، فهو في يَدِ مُشْتَرِيهِ ، مُبَقًى على ما بَقِيَ من كتابته ، يَعْتَقُ بالأداءِ في المَوْضِعَيْنِ ، وَلَاؤُهُ لِمَنْ يُؤَدِّي إليه ، كما لو اشتراه من سيده . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا يَثْبُتُ عليه مِلْكُ الكُفَّارِ ، وَيُرَدُّ إلى سيده بكلِّ حالٍ . ووافق أبو حنيفة الشافعي^(١) ، في المُكَاتَبِ والمُدَبَّرِ خَاصَّةً ؛ لأنَّهما عنده لا يجوزُ بَيْعُهُما ولا نَقْلُ^(٢) المِلْكِ فيهما ، فَأُشْبِها أُمُّ الْوَلَدِ . وقد تَقَدَّمَ الكلامُ في الدَّلالةِ على أنَّ^(٣) ما أَدْرَكَه صاحِبُهُ مَقْسُومًا لا يَسْتَحِقُّ صاحِبُهُ أَخْذَهُ بغيرِ شيءٍ^(٤) ، وكذلك ما اشتراه مُسْلِمٌ من دارِ الحَرْبِ ، وفي أَنَّ المُكَاتَبَ والمُدَبَّرَ يجوزُ بَيْعُهُما ، بما يُغْنِي عن إِعادَتِهِ هُنا .

الإنصاف

ولو قيلَ : يُعْطَى الرُّبْعَ بينهما معًا ويلزِمُهُ كُلُّ الفِدا لم أَبْعُدِ
هذا الحُكْمُ مَبْنِيٌّ على ثَلَاثِ قَوَاعِدَ ؛ الْأُولَى ، أَنَّ الكُفَّارَ يَمْلِكُونَ أَمْوَالَ المُسْلِمِينَ

(١) في م : « والشافعي » .

(٢) في الأصل : « يقبل » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) انظر ما تقدم في ١٠/١٩٦ - ٢٠٠ .

فصل : وهل يُحْتَسَبُ عليه بالمدّة التي كان فيها عند الكُفَّارِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، لا يُحْتَسَبُ عليه بها ؛ لأنَّ الْكِتَابَةَ اقْتَضَتْ تَمْكِينَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالْكَسْبِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ ، فإذا لم يَحْصُلْ ذلك لم يُحْتَسَبْ ، (١) كما لو حَبَسَهُ (٢) سيده . فعلى هذا ، يَبْنَى على ما مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ قَبْلَ الْأَسْرِ ، وتُلْغَى مُدَّةُ الْأَسْرِ ، كأنَّهَا لم تُوجَدْ . والثاني ، يُحْتَسَبُ عليه بها ؛ لأنَّهَا مِنْ مُدَّةِ الْكِتَابَةِ ، مَضَتْ (٣) مِنْ غَيْرِ (٤) تَفْرِيطٍ مِنْ سَيِّدِهِ ، فاحتسب عليه بها ، كمرضه ، ولأنَّه مَدْرِينُ مَضَتْ مُدَّةً مِنْ أَجْلِ دَيْنِهِ فِي حَبْسِهِ ، فاحتسب عليه ، كسائرِ الْعُرَمَاءِ ، وفَارَقَ ما إذا حَبَسَهُ سيده بما ذَكَرْنَاهُ . فعلى هذا ، إذا حَلَّ عليه نَجْمٌ عِنْدَ اسْتِنْقَاذِهِ جازَتْ مُطَالَبَتُهُ بِهِ . وإن حَلَّ ما يَجُوزُ تَعْجِيزُهُ بَتَرَكِ أَدَائِهِ فَلِسَيِّدِهِ تَعْجِيزُهُ وَرُدُّهُ إِلَى الرَّقِّ . وهل له (٥) ذلك بِنَفْسِهِ أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْوُصُولُ إِلَى الْمَالِ فِي وَقْتِهِ ، أَشْبَهَ ما لو كان حَاضِرًا ، (٦) يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ لو كان حَاضِرًا (٧)

بِالْقَهْرِ . الثَّانِيَةُ ، أَنَّ مَنْ وَجَدَ مَالَهُ ، مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ مُعَاهِدٍ ، يَدَّ مِنْ اشْتِرَاهِ مِنْهُمْ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ بِثَمَنِهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِيهِمَا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ مُحَرَّرًا فِي بَابِ قِسْمَةِ الْعَيْمَةِ . الثَّالِثَةُ ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ يَصِحُّ نَقْلُ الْمِلْكِ فِيهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، كَمَا تَقَدَّمَ قَرِيبًا . إِذَا عَلِمْتَ ذَلِكَ ، فَلَا تَبْطُلِ الْكِتَابَةُ بِالْأَسْرِ ، لَكِنْ هَلْ يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) م : « بغير » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) سقط من : م .

والمالُ غَائِبًا يَتَعَذَّرُ إِحْضَارُهُ وَأَدَاؤُهُ فِي مُدَّةٍ قَرِيبَةٍ ، كَانَ لِسَيِّدِهِ الْفَسْخُ ، وَالْمَالُ هَهُنَا إِمَّا مَعْدُومٌ وَإِمَّا غَائِبٌ يَتَعَذَّرُ أَدَاؤُهُ ، وَفِي كِلَا الْحَالَيْنِ يَجُوزُ الْفَسْخُ .
والثاني ، ليس له ذلك إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ الْعَيْبَةِ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَبْحَثَ ، هَلْ لَهُ مَالٌ أَمْ لَا ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا كَانَ حَاضِرًا ، فَإِنَّهُ يُطَالَبُ ، فَإِنْ أَدَّى ، وَإِلَّا فَقَدْ عَجَزَ نَفْسَهُ ، فَإِنْ فَسَخَ الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، ثُمَّ خَلَصَ الْمُكَاتَبُ ، وَادَّعَى أَنْ لَهُ مَالًا فِي وَقْتِ الْفَسْخِ يَفِي ^(١) بِمَا عَلَيْهِ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، بَطَلَ الْفَسْخُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَنْطَلُ حَتَّى يَثْبُتَ أَنَّهُ كَانَ ^(٢) يُمَكِّنُهُ أَدَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مُتَعَذِّرَ الْأَدَاءِ ، كَانَ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

بِالْمُدَّةِ الَّتِي كَانَ فِيهَا مَعَ الْكُفَّارِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الزَّرَكَشِيِّ » . جَزَمَ فِي « الْكَافِي » بِالِاحْتِسَابِ . قُلْتُ : الْأَوَّلَى عَدَمُ الْاحْتِسَابِ . ثُمَّ رَأَيْتُ ابْنَ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » قَدَّمَهُ . فَإِنْ قِيلَ : لَا تُحْتَسَبُ . وَهُوَ الصَّوَابُ ، لَعَتَ مُدَّةُ الْأَسْرِ ، وَبَنَى عَلَى مَا مَضَى . وَإِنْ قِيلَ : تُحْتَسَبُ عَلَيْهِ . فَحَلَّ مَا يَجُوزُ تَعْجِيزُهُ بِتَرْكِ أَدَائِهِ ، فَلِسَيِّدِهِ تَعْجِيزُهُ . وَهَلْ لَهُ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ ، أَوْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الزَّرَكَشِيِّ » . قُلْتُ : الْأَوَّلَى أَنَّ لَهُ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَهُ الْفَسْخُ بِلا حُكْمٍ . وَعَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ ، مَتَى خَلَصَ ، فَأَقَامَ بَيِّنَةً بِوُجُودِ مَالٍ لَهُ وَقَتِ الْفَسْخِ يَفِي بِمَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « بَقِيَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فَصْلٌ : وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ أُجْنِبِي ، فَعَلَيْهِ فِدَاءُ نَفْسِهِ مُقَدَّمًا عَلَى الْكِتَابَةِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَتَحَاصَّنُ .

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : (وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ أُجْنِبِي ، فَعَلَيْهِ فِدَاءُ نَفْسِهِ مُقَدَّمًا عَلَى الْكِتَابَةِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَتَحَاصَّنُ) وَجَمَلُهُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا جَنَى جِنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ^(١) ، تَعَلَّقَ أَرْشُهَا بِرَقَبَتِهِ ، وَيُؤَدَّى مِنَ الْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ : جِنَايَتُهُ عَلَى سَيِّدِهِ . وَقَالَ عَطَاءٌ : [٥١/٦ ظ] وَيَرْجِعُ سَيِّدُهُ بِهَا عَلَيْهِ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ : إِذَا قَتَلَ رَجُلًا خَطَأً ، كَانَتْ كِتَابَتُهُ وَوَلَاؤُهُ لَوْلَى الْمَقْتُولِ ، إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ سَيِّدُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَجْنِي جَانٍ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ »^(٢) . وَلِأَنَّهَا جِنَايَةُ عَبْدٍ ، فَلَمْ تَجِبْ فِي ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ، كَالْقَيْنِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَبْدَأُ بِأَدَاءِ

عليه ، فَهَلْ يُبْطَلُ الْفَسْخُ ، أَمْ لَا يَبْدَأُ مَعَ ذَلِكَ مِنْ ثُبُوتِ أَنَّهُ كَانَ يُمَكِّنُهُ أَدَاؤُهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا الزَّرَّكَشِيُّ . قَدَّمَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِقِ » ، الْبُطْلَانَ .

قوله : وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ أُجْنِبِي ، فَعَلَيْهِ فِدَاءُ نَفْسِهِ - أَيْ بِقِيَمَتِهِ - مُقَدَّمًا

(١) بعده في الأصل : « عن أجنبي » .

(٢) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء : دماؤكم وأموالكم عليكم حرام ، من أبواب الفتن ، وفي : باب تفسير سورة التوبة ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٤/٩ ، ٢٢٨/١١ . وابن ماجه ، في : باب لا يجنى أحد على أحد ، من كتاب الديات ، وفي : باب الخطبة يوم النحر ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ٨٩٠/٢ ، ١٠١٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٤٩/٣ ، ١٤/٤ .

الجناية قبل الكتابة ، سواء حلَّ عليه نجمٌ أو لم يحلَّ . نصَّ عليه أحمدٌ ، وهو المعمولُ به في المذهب . وذكر أبو بكرٍ قولاً آخرَ ، أنَّ السيدَ يُشاركُ وليَّ الجناية ، فيضربُ بما حلَّ من نجومِ كتابته ؛ لأنَّهما دينان ، فيتحصَّان ، قياساً على سائرِ الديون . ولنا ، أنَّ أَرْضَ الجناية من العبدِ يُقدَّمُ على سائرِ الحقوقِ المُتعلِّقة به ، ولذلك قُدِّمَتْ على حقِّ المالكِ وحقِّ المُرتَهِنِ ، وغيرِهما ، فوجبَ أنْ تُقدَّمَ هُنا . يُحقِّقُه أنَّ «أَرْضَ الجناية»^(١) مُقدَّمٌ على ملكِ السيدِ في عبده ، فيجبُ تقديمُه على عَوْضِهِ ، وهو مالُ الكتابةِ ، بطريقِ الأولى ؛ لأنَّ المِلْكَ فيه قبلَ الكتابةِ كان مُستَقَرًّا ، ودَيْنُ الكتابةِ غيرُ مُستَقَرٍّ ، فإذا قُدِّمَ على المُستَقَرِّ ، فعلى غيرِهِ أولى . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَفْدِي نَفْسَهُ بأقلِّ الأمرَيْنِ ؛ مِنْ قِيَمَتِهِ أو أَرْضِ جِنَايَتِهِ ؛ لأنَّه إنْ كانَ أَرْضُ الجناية أَقلَّ ، فلا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ مُوجِبِ جِنَايَتِهِ ، وهو أَرْضُهَا ، وإنْ كانَ أَكْثَرَ ، لم يَكُنْ عليه أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ بَذْلِ^(٢) المَحَلِّ الذي تَعَلَّقَ به الأَرْضُ . فإنْ بدأ بِدَفْعِ المالِ إلى وَلِيِّ الجِنَايَةِ ، فوفَّى بِأَرْضِ الجِنَايَةِ ، وإلَّا باعَ الحاكمُ منه بما بَقِيَ^(٣) مِنْ

على الكتابةِ . هذا المذهبُ ، وعليه أَكْثَرُ الأصحابِ . قال الشَّارِحُ : هذا المعمولُ الإِنصافُ به في المذهبِ . قال المُصَنِّفُ : اتَّفَقَ أصحابُنا على ذلك . وجَزَمَ به في «الوجيزِ» وغيرِهِ . وقَدَّمَهُ في «المُعْنَى» ، و«الشَّرْحِ» ، و«المُحَرَّرِ» ، و«الفُرُوعِ» .

(١ - ١) في م : « ملك الكتابة » .

(٢) في الأصل : « تلك » .

(٣) في م : « بقی » .

أُرْشِهَا ، «وَبَطَلَ الْكِتَابَةُ فِيمَا بَاعَ مِنْهُ» ، وَبَاقِيهِ بَاقٍ عَلَى كِتَابَتِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ الْفَسْخَ فَلَهُ ذَلِكَ ، وَيَعُودُ عَبْدًا قَنًا مُشْتَرَكًا بَيْنَ السَّيِّدِ وَالْمُشْتَرَى . وَإِنْ أَبْقَاهُ السَّيِّدُ عَلَى الْكِتَابَةِ ، فَأَدَّى ، عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ ، وَسَرَى الْعَتَقُ إِلَى بَاقِيهِ إِنْ كَانَ الْمُكَاتَبُ مُوسِرًا ، وَيُقَوِّمُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ ، وَبَاقِيهِ رَقِيقٌ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ مَالٌ ، وَلَمْ يَفِرْ بِالْجَنَائَةِ إِلَّا قِيمَتُهُ كُلُّهَا ، يَبِيعُ كُلَّهُ فِيهَا ، وَبَطَلَتْ كِتَابَتُهُ .

فصل : وَإِنْ بَدَأَ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَى سَيِّدِهِ ، وَكَانَ وَلِيُّ الْجَنَائَةِ سَأَلَ الْحَاكِمَ فَحَجَرَ عَلَى الْمُكَاتَبِ ، ثَبَتَ الْحَجَرُ عَلَيْهِ ، وَكَانَ النَّظَرُ فِيهِ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَلَا يَصِحُّ دَفْعُهُ إِلَى سَيِّدِهِ ، وَيُرْتَجِعُهُ الْحَاكِمُ ، وَيُسَلِّمُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائَةِ ، فَإِنْ وَفَى ، وَإِلَّا كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْحَاكِمُ حَجَرَ عَلَيْهِ صَحَّ دَفْعُهُ إِلَى السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ يَقْضَى حَقًّا عَلَيْهِ ، فَجَاز ، كَمَا لَوْ قَضَى بَعْضَ غُرْمَائِهِ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ مَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ عَتَقَ .

فائدة : لَوْ قَتَلَهُ السَّيِّدُ ، لَزِمَهُ الْفِدَاءُ ، وَكَذَا إِنْ أَعْتَقَهُ ، وَيُسْقَطُ فِي الْأَصَحِّ ، إِنْ كَانَتِ الْجَنَائَةُ عَلَى سَيِّدِهِ . قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَتَحَاصَّنَانِ .. فَعَلَى هَذَا ، يَقْسِمُ الْحَاكِمُ

وَأِنْ عَتَقَ ، فَعَلَيْهِ فِدَاءُ نَفْسِهِ ، وَإِنْ عَجَزَ ، فَلِسَيِّدِهِ تَعْجِيزُهُ ، إِنْ الْمُنْعَى كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتْ عَلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَقَدَاهُ سَيِّدُهُ ، وَإِلَّا فُسِّخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَيَبِيعَ فِي الْجِنَايَةِ .

الشرح الكبير

٣٠١٨ - مسألة : (وعليه فداء نفسه) ويكون الأَرشُ في ذِمَّتِهِ ، فَيُضْمَنُ ما كان عليه قبل العتق ، وَيَقْدِيهِ بِأَقْلِ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرشِ جِنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مَا كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ بِالْجِنَايَةِ ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ ، فَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلَّ الْأَسْتِحْقَاقِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهُ .

٣٠١٩ - مسألة : (وَإِنْ عَجَزَ ، فَلِسَيِّدِهِ تَعْجِيزُهُ) وَيَقْدِيهِ أَيْضًا بِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَقْدِيهِ بِأَرشِ الْجِنَايَةِ ، بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَلَّمَهُ اخْتَمَلَ [٥٢/٦] أَنْ يَرْعَبَ فِيهِ رَاغِبٌ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ ، فَقَدْ فَوَّتَ تِلْكَ الزِّيَادَةَ بِإِعْتَاقِهِ .

الإِنصَافُ المالَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ حَقِّهِمَا . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَوْ أَدَّى مُبَادِرًا ، وَلَيْسَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ ، عَتَقَ ، وَاسْتَقَرَّ الْفِدَاءُ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْحَجْرِ ، لَمْ يَصِحَّ ، وَوَجِبَ رُجُوعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ .

قوله : وَإِنْ كَانَتْ عَلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَقَدَاهُ سَيِّدُهُ ، وَإِلَّا فُسِّخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَيَبِيعَ فِي الْجِنَايَةِ قَتْلًا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَنَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَنَقَلَ الْأَثَرُ ، جِنَايَتُهُ فِي رَقَبَتِهِ ، يَقْدِيهِ إِنْ شَاءَ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَبِهِ أَقُولُ .

المقنع **وَأِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ ، فَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ ، وَالْوَاجِبُ فِي الْفِدَاءِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ؛**
مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ أَرَشَ جِنَايَتِهِ . وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ فِدَاؤُهُ بِأَرَشِ الْجِنَايَةِ
كَامِلَةً .

الشرح الكبير **فصل :** فإن كانت الجناية على سيده فيما دون النفس ، فالسيد خصمه فيها ، فإن كانت موجبة للقصاص ، فليسيدة القصاص ، كما يجب على عبده القين ؛ لأن القصاص يجب للزجر ، فيحتاج إليه العبد في حق سيده ، وإن عفا على مال ، أو كانت موجبة للمال ، وجب له ؛ لأن المكاتب مع سيده كالأجنبي ، يصح أن يباعه ، ويثبت له في ذمته المال والحقوق ، كذلك الجناية ، ويفدى نفسه بأقل الأمرين ، كالجناية على الأجنبي . وعنه ، يفديه بأرش الجناية كله . فإن وفى ما في يده بما عليه فليسيدة مطالبتة به (وأخذه) ، وإن لم يف به (فليسيدة تعجيزه) فإذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجناية ، وعاد عبدا قنا ، ولا يثبت للسيد على عبده القين مال . وإن أعتقه سيده ولا مال في يده سقط الأرش ؛ لأنه متعلق برقبة ، وقد ألتفها . وإن كان في يده مال لم يسقط ؛ لأن الحق كان متعلقا بالذمة وما في يده من المال ، فإذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقا بالمال ، فاستوفى منه ، كما لو عتق بالأداء . وهل يجب (أقل الأمرين) أو (أرش الجناية) كله ؟ على وجهين .

الإنصاف **قوله : والواجب في الفداء أقل الأمرين ؛ من قيمته ، أو أرش جنايته .** هذا

وَيَسْتَحِقُّ السَّيِّدُ مُطَابَقَتَهُ بِأَرْضِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ . وَإِنْ اخْتَارَ تَأْخِيرَ الْأَرْضِ وَالْبَدَايَةَ بِقَبْضِ مَالِ الْكِتَابَةِ جَازَ . وَيَعْتَقُ إِذَا قَبِضَ مَالِ الْكِتَابَةِ «كَلَّهُ» . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ قَبْلَ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ؛ لَوْ جُوبَ تَقْدِيمُهُ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ^(١) . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَقَّيْنِ جَمِيعًا لِلْسَّيِّدِ ، فَإِذَا تَرَاضَيَا عَلَى تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَلِأَنَّهُ لَوْ بَدَأَ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ عَتَقَ ، فَفِي حَقِّ السَّيِّدِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ أَرْضَ الْجِنَايَةِ لَا يَلْزَمُ أَدَاؤُهُ قَبْلَ أَنْدِمَالِ الْجُرْحِ ، فَيُمْكِنُ تَقْدِيمُ وَجُوبِ الْأَدَاءِ عَلَيْهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا أَدَّى عَتَقَ ، وَيَلْزَمُهُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ ، سَوَاءً كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ بِسَبَبِ مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ مَا عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ، فَإِنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلًّا^(٢) حَقَّهُ ، بِخِلَافِ هَذَا . وَهَلْ يَلْزَمُهُ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ ، أَوْ جَمِيعُ الْأَرْضِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ جِنَايَتُهُ عَلَى نَفْسِ سَيِّدِهِ ، فَلِوَرَثَتِهِ الْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ ، وَالْعَفْوُ عَلَى مَالٍ . وَفِي الْخَطَأِ ، الْمَالُ . وَحُكْمُ الْوَرَثَةِ مَعَ الْمُكَاتَبِ حُكْمُ سَيِّدِهِ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ ، وَالْعَبْدُ لَوْ عَادَ قِنًّا كَانَ لَهُمْ . وَإِنْ جَنَى عَلَى مَوْرُوثِ سَيِّدِهِ ، فَوَرِثَتُهُ سَيِّدُهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ عَلَى سَيِّدِهِ فَيَمَادُونَ النَّفْسِ ، عَلَى مَا مَضَى .

المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي الْإِنْصَافِ «الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحُ» ، وَ«الْمُحَرَّرُ» ، وَ«الْفُرُوعُ» ، وَ«الْفَاتِحُ» ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « محمل » .

فصل : فَإِنْ جَنَى الْمُكَاتِبُ جَنَايَاتٍ تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ^(١) ، وَاسْتَوَى الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ فِي الْاسْتِيفَاءِ ، وَلَمْ يُقَدِّمِ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي إِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ؛ لِأَنَّهَا تَعَلَّقَتْ بِمَحَلٍّ وَاحِدٍ ، وَكَذَا إِنْ كَانَ بَعْضُهَا فِي حَالِ كِتَابَتِهِ وَبَعْضُهَا بَعْدَ تَعْجِيزِهِ ، فَهِيَ سَوَاءٌ ، وَيَتَعَلَّقُ جَمِيعُهَا بِالرَّقَبَةِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، فَلَوْلَى الْجَنَايَةِ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَتَبْطُلُ حُقُوقُ الْآخَرِينَ . فَإِنْ عَفَا إِلَى مَالٍ ، [٥٢/٦ ط] صَارَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْجَنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ . فَإِنْ أَبْرَأَهُ بَعْضُهُمْ اسْتَوْفَى الْبَاقُونَ ؛ لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ^(٢) يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، يَسْتَوْفِيهِ إِذَا انْفَرَدَ ، فَإِذَا اجْتَمَعُوا تَزَاحَمُوا^(٣) ، فَإِذَا أَبْرَأَهُ بَعْضُهُمْ سَقَطَ حَقُّهُ وَتَزَاحَمَ الْبَاقُونَ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدُوا ، كَمَا فِي الْوَصَايَا وَذِيُونِ الْمَيِّتِ . فَإِنْ أَدَّى وَعَتَقَ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ ، وَأَيُّهُمَا ضَمِنَ فَالْوَاجِبُ عَلَيْهِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْجَنَايَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ عَجَّزَهُ الْعُرْمَاءُ وَعَادَ قَنَائِيْعَ وَتَحَاصُّوا فِي ثَمَنِهِ ، كَذَلِكَ هُنَا . فَأَمَّا إِنْ عَجَّزَهُ سَيِّدُهُ وَعَادَ قَنَّا ، خَيْرٌ بَيْنَ فِدَائِهِ وَتَسْلِيمِهِ ، فَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ فَدَاهُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ قَتَلَهُ . وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَرْضُ

وغيرهم . وقيل : يَلْزَمُهُ فِدَاؤُهُ بِأَرْضِ الْجَنَايَةِ كُلِّهَا كَامِلَةً . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَعَنْهُ ، يَلْزَمُهُ فِدَاؤُهُ بِالْأَرْضِ كَامِلًا ، إِنْ كَانَتْ الْجَنَايَةُ عَلَى أَجَنَبِيٍّ .

(١) في م : « برد رقبته » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل : « تراجعوا » .

وَإِنْ لَزِمَتْهُ دُيُونٌ [١٩٨] تَعَلَّقَتْ بِذِمَّتِهِ ، يُتَّبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعِتْقِ .
المقنع

الشرح الكبير الجناية كُله ؛ لأنه لو سَلَّمَه اِحْتَمَل أن يَرْغَبَ فيه رَاغِبٌ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهِ ، فقد قَوَّتْ تلك الزيادة باختياره إمساكه ، فكان عليه جَمِيعُ الْأَرْضِ . ويُفَارِقُ ما إذا أَعْتَقَهُ أو قَتَلَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَحَلَّ تَلَفَ فَتَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ ، فلم يَجِبْ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَالْمَحَلُّ هُنا باقٍ يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ وَيَبْعُهُ ، وقد ذَكَرناه . وإن أَرَادَ الْمُكَاتَبُ فِدَاءَ نَفْسِهِ قَبْلَ تَعْجِيزِهِ أو عِتْقِهِ^(١) ، ففِيمَا تُفَدَى بِهِ نَفْسُهُ وَجْهَان ، بِنَاءً عَلَى ما إذا عَجَّزَهُ سَيِّدُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٠٢ - مسألة : (وَإِنْ لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تَعَلَّقَتْ بِذِمَّتِهِ ، يُتَّبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعِتْقِ) إذا اجْتَمَعَ عَلَى الْمُكَاتَبِ ثَمَنُ مَبِيعٍ ، أو عَوَضُ قَرْضٍ ، أو غَيْرُهُمَا مِنَ الدُّيُونِ مع مالِ الْكِتَابَةِ ، وَفِي يَدِهِ ما يَفِي بِهَا ، فله أَدَاؤُهَا ، وَيَبْدَأُ بِأَيِّهَا شَاءَ ، كَالْحُرِّ . وَإِنْ لَمْ يَفِ بِهَا ما فِي يَدِهِ ، وَكُلُّهَا حَالَةٌ ، وَلَمْ يَحْجُرِ الْحَاكِمُ

الإنصاف قوله : وَإِنْ لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تَعَلَّقَتْ بِذِمَّتِهِ ، يُتَّبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعِتْقِ . ولا يَمْلِكُ غَيْرُهُ تَعْجِيزَهُ . هذا المذهب ، وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ لَهُ . وَعَنْهُ ، تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . ذَكَرَهُ عَنْهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَعَنْهُ ، تَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ وَرَقَبَتِهِ معًا . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : وَهُوَ أَصَحُّ عِنْدِي .

(١) فِي م : « أَعْتَقَهُ » .

عليه ، فخصَّ بعضهم بالقضاء ، صحَّ ، كالحرِّ . وإن كان فيها مؤجَّل ، فعجَّله بغير إذن سيده ، لم يَجْزُ ؛ لأنَّ تعجيله تبرُّعٌ ، فلم يَجْزُ بغير إذن سيده ، كالهبة . وإن كان بإذن سيده جاز ، كالهبة . وإن كان التَّعجيلُ للسيد ، فقبُولُه بمنزلةِ إذنه ، وإن كان الحاكمُ قد حَجَرَ عليه بسؤالِ غَرَمائه ، فالنَّظَرُ إلى الحاكمِ ، وإنما يحجُرُ عليه بسؤالِهم . فإن حَجَرَ عليه بغيرِ سؤالِهم لم يصحَّ ؛ لأنَّ الحقَّ لهم ، فلا يُستوفى بغيرِ إذنهم . وإن سألَه سيده الحَجَرَ عليه لم يُجِبْهُ إلى ذلك ؛ لأنَّ حَقَّه غيرُ مُستَقَرٍّ ، فلا يحجُرُ عليه من أجله . وإذا حَجَرَ عليه بسؤالِ الغَرَماء ، فقال القاضى : عِنْدِي أَنَّهُ يَبْدَأُ بِقَضَائِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ وَعِوَضِ الْقَرْضِ ، يُسَوِّى بَيْنَهُمَا ، وَيَقْدُمُهُمَا عَلَى أَرْضِ الْجِنَايَةِ وَمَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ أَرْضَ الْجِنَايَةِ مَحَلُّ الرَّقَبَةِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ مِمَّا فِي يَدِهِ اسْتَوْفَى مِنْ رَقَبَتِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ أَصْحَابَنَا وَالشَّافِعِيَّ اتَّفَقُوا عَلَى تَقْدِيمِ أَرْضِ الْجِنَايَةِ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ ، فِيمَا مَضَى . وَإِذَا لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ ، ('وَدَفَعَ') إِلَى السَّيِّدِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، عَتَقَ ، وَبَقِيَّةُ الدُّيُونِ فِي ذِمَّتِهِ ، يُتَّبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعَتَقِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ حُرًّا ، فَهُوَ كَالْأَحْرَارِ ، وَلِأَنَّ الْمُدَايِنَ رَضِيَ بِذِمَّتِهِ حِينَ أَدَّاهُ ، فَكَانَ لَهُ مَا رَضِيَ بِهِ ، كَالْحُرِّ .

فائدتان ؛ إحداهما ، قال المصنِّفُ ، وتبعه الشَّارِحُ : إذا كان عليه ديونٌ مع دينِ الكتابَةِ ، ومعه مالٌ يفي بذلك ، فله أن يبدَأَ بما شاء ، وإن لم يَفِ بها مامعه ،

فصل : وإذا جَنَى بَعْضُ عَبِيدِ الْمُكَاتَبِ جِنَايَةً تَوْجِبُ الْقِصَاصَ ، فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْمَالِ ، [٥٣/٦ و] فَإِنْ اخْتَارَ الْمَالَ ، وَ^(١) كَانَتِ الْجِنَايَةُ خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ أَوْ إِتْلَافَ مَالٍ ، تَعَلَّقَ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ، وَلِلْمُكَاتَبِ فِدَاؤُهُ بِأَقْلٍ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ شِرَائِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ فِيهِ سَيِّدُهُ ، فَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ أَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ تَسْلِيمُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالزَّائِدِ . وَإِنْ زَادَ الْأَرْضُ عَلَى قِيَمَتِهِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ أَوْ يَقْدِرُ بِهِ بِأَقْلٍ الْأَمْرَيْنِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

وَكُلُّهَا حَالَةٌ ، وَلَمْ يَحْجُرِ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ، فَخَصَّ بَعْضَهُمْ بِالْقَضَاءِ ، صَحَّ . وَإِنْ كَانَ بَعْضُهَا مَوْجَلًا ، فَعَجَّلَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، جَازَ ، وَإِلَّا فَلَا ، وَإِنْ كَانَ التَّعْجِيلُ لِلْسَيِّدِ ، فَقَبُولُهُ بِمَنْزِلَةِ إِذْنِهِ . وَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْعُرْمَاءِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي أَنَّهُ يَدَّ بَقَضَاءِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ وَعِوَضِ الْقَرْضِ ، وَيُسَوَّى بَيْنَهُمَا ، وَيُقَدَّمُهُمَا عَلَى أَرْضِ الْجِنَايَةِ [١٥١/٣ و] وَمَالِ الْكِتَابَةِ . وَقَالَ الشَّارِحُ : وَقَدْ اتَّفَقَ الْأَصْحَابُ عَلَى تَقْدِيمِ أَرْضِ الْجِنَايَةِ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ . وَبَنَى ذَلِكَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَصْحَابِ ، عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، فَقَالَ بَابِيًّا عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى : تُقَدَّمُ ذِيونُ مُحْجُورٍ عَلَيْهِ لَعَدَمِ تَعَلُّقِهَا بِرَقَبَتِهِ ، فَلِهَذَا إِنْ لَمْ يَكُنْ بِيَدِهِ مَالٌ ، فَلَيْسَ لَعَرِيمِهِ تَعْجِيزُهُ ، بِخِلَافِ الْأَرْضِ وَدَيْنِ الْكِتَابَةِ . وَعَنْهُ ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، فَتَسَاوَى الْأَقْدَامُ ، وَيَمْلِكُ تَعْجِيزُهُ ، وَيَشْتَرِكُ رَبُّ الدَّيْنِ وَالْأَرْضِ بَعْدَ مَوْتِهِ ؛ لِفَوْتِ الرَّقَبَةِ . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ دَيْنُ

(١) فِي م : « أَوْ » .

فصل : فَإِنْ مَلَكَ الْمُكَاتَبُ ابْنَهُ أَوْ بَعْضَ ذَوِي رَحِمِهِ الْمَحْرَمِ ، أَوْ وُلْدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أُمِّهِ ، فَجَنَى جِنَايَةً تَعْلَقُ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ، ^(١) فَلِلْمُكَاتَبِ فِدَاؤُهُ ^(٢) بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَمَا يَفْدِي غَيْرَهُ مِنْ عَبِيدِهِ . وقال القاضي في « الْمُجَرَّدِ » : ليس له فِدَاؤُهُ بغيرِ إِذْنِهِ . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ ^(٣) لِمَالِهِ ، فَإِنْ ^(٤) ذَوِي رَحِمِهِ لَيْسُوا بِمَالٍ لَهُ ، وَلَا يَتَصَرَّفُ فِيهِمْ ، فَلَمْ يَجْزْ لَهُ إِخْرَاجُ مَالِهِ فِي مُقَابَلَتِهِمْ ، وَلَا شِرَاؤُهُمْ ، كَالْتَّبَرُّعِ ، وَيُفَارِقُ الْعَبْدُ الْأَجْنَبِيَّ ؛ فَإِنَّهُ يَتَنَفَّعُ بِهِ ، وَلَهُ صَرْفُهُ فِي كِتَابَتِهِ ، فَكَانَ لَهُ فِدَاؤُهُ وَشِرَاؤُهُ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ ، وَلَكِنْ إِنْ كَانَ لِهَذَا الْجَانِي كَسْبٌ فُدِيَ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ بَيَعَ فِي الْجِنَايَةِ إِنْ اسْتَعْرَقَتْ قِيمَتَهُ ، وَإِنْ لَمْ تَسْتَعْرِقْهَا بَيَعَ بَعْضُهُ فِيهَا ، وَمَا بَقِيَ لِلْمُكَاتَبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدٌ لَهُ جَنَى ^(٥) ، فَمَلَكَ فِدَاؤَهُ ، كَسَائِرِ عَبِيدِهِ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ . وقولُهم : لَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ .

المُعَامَلَةِ . ثم قال : ولغيرِ الْمُحْجُورِ تَقْدِيمُ أَيِّ دَيْنٍ شَاءَ . وذكر ابنُ عَقِيلٍ وَجَمَاعَةً ، أَنَّهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ؛ هَلْ يُقَدَّمُ دَيْنُ الْأَجْنَبِيِّ عَلَى السَّيِّدِ ، كَحَالَةِ الْحَيَاةِ ، أَمْ يَتَحَاصَّنَانِ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ . وَهَلْ يَضْرِبُ سَيِّدُهُ بِدَيْنِ مُعَامَلَةٍ مَعَ غَرِيمِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . الثَّانِيَةُ ، لَا يُجْبَرُ الْمُكَاتَبُ عَلَى الْكَسْبِ لَوْفَاءَ دَيْنِهِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قال في « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ضَعِيفٌ ، وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا بِالْوُجُوبِ ، كَسَائِرِ الدُّيُونِ .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « وَلِلْمُكَاتَبِ فِدَاؤُهُ فِدَاؤُهُ » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « لِمَالِ كَانِ » .

(٣) فِي م : « حَى » .

قُلْنَا : إِلَّا أَنْ كَسَبَهُ لَهُ ، فَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ صَارَ رَقِيقًا مَعَهُ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ لَمْ يَتَضَرَّرِ السَّيِّدُ بِعَقْبِهِمْ ، وَانْتَفَعَ بِهِ الْمُكَاتَبُ ، وَإِذَا دَارَ أَمْرُهُ بَيْنَ نَفْعٍ وَانْتِفَاءٍ ضَرَرٍ ، وَجَبَ أَنْ لَا يُمْنَعَ مِنْهُ . وَفَارَقَ التَّبَرُّعُ ؛ فَإِنَّهُ يُفَوِّتُ الْمَالَ عَلَى السَّيِّدِ . فَإِنْ قِيلَ : فِيهِ ضَرَرٌ ، وَهُوَ مَنْعُهُ مِنْ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ إِذَا صَرَفَ الْمَالَ فِيهِ ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى صَرْفِهِ فِي الْكِتَابَةِ ، عَجَزَ عَنْهَا . قُلْنَا : هَذَا الضَّرَرُ لَا يُمْنَعُ الْمُكَاتَبُ مِنْهُ ؛ بِدَلِيلِ مَا لَوْ تَرَكَ الْكَسْبَ مَعَ إِمْكَانِهِ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ وَلَا يُجْبَرُ عَلَى كَسْبٍ وَلَا أَدَاءٍ ، فَكَذَلِكَ لَا يُمْنَعُ مِمَّا هُوَ فِي مَعْنَاهُ وَلَا مِمَّا يُفْضِي إِلَيْهِ ، وَلِأَنَّ غَايَةَ الضَّرَرِ فِي هَذَا الْمَنْعِ مِنْ إِتِمَامِ الْكِتَابَةِ ، وَلَيْسَ إِتِمَامُهَا وَاجِبًا عَلَيْهِ ، فَاشْتَبَهَ تَرْكَ الْكَسْبِ ، بَلْ هَذَا أَوْلَى ؛ لَوَجْهَيْنِ : أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَذَا فِيهِ نَفْعٌ لِلْسَّيِّدِ ؛ لِمَصِيرِهِمْ عِبِيدًا لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ فِيهِ نَفْعًا لِلْمُكَاتَبِ بِإِعْتِاقٍ وَلَدِهِ وَذَوِي رَحِمِهِ ، وَنَفْعًا لَهُمْ بِالْإِعْتِاقِ عَلَى تَقْدِيرِ الْأَدَاءِ ، فَإِذَا لَمْ يُمْنَعْ مِمَّا يُسَاوِيهِ فِي الْمَضَرَّةِ مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ فِيهِ ، فَلَا أَنْ لَا يُمْنَعُ مِمَّا فِيهِ نَفْعٌ لَا زِمَ لِأَحَدٍ الْجِهَتَيْنِ أَوْلَى . وَوَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ يَدْخُلُ فِي كِتَابَتِهَا ، وَالْحُكْمُ فِي جِنَايَتِهِ كَالْحُكْمِ فِي وَلَدِ الْمُكَاتَبِ سَوَاءً .

فصل : وَإِنْ جَنَى بَعْضُ عِبِيدِ الْمُكَاتَبِ عَلَى بَعْضِ جِنَايَةٍ مُوَجَّبُهَا الْمَالُ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا حُكْمٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ لِلْسَّيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ مَالٌ . وَإِنْ كَانَ مُوَجَّبُهَا الْقِصَاصَ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَيْسَ لَهُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ لِمَالِهِ بِاخْتِيَارِهِ . وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ شَيْخُنَا فِي الْكِتَابِ الْمَشْرُوحِ ، وَذَكَرَهُ [٥٣/٦ ظ] أَبُو

الخطَّاب في « رُغُوسِ المسائلِ » . وقال القاضي : له القصاصُ ؛ لأنَّه من مَصْلَحَةِ مِلْكِهِ ، فإنَّه لو لم يُقْتَصَّ أَفْضَى إلى إقدامِ بَعْضِهِمْ على بعضٍ . وليس له العَفْوُ على مالٍ ؛ لِما ذَكَرْنَا . ولا يجوزُ بَيْعُهُ في أَرْضِ الجِنَايَةِ ؛ لأنَّ الأَرْضَ لا يَثْبُتُ له في رَقَبَةِ عَبْدِهِ . فإن كان الجاني من عبيده ابنة ، لم يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لذلك . وقال أصحابُ الشافعيِّ : يجوزُ بَيْعُهُ . في أحدِ الوجهين ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَهُ قَبْلَ جِنَايَتِهِ ، فيَسْتَفِيدُ بالجِنَايَةِ مِلْكَ بَيْعِهِ . ولنا ، أَنَّهُ عَبْدُهُ ، فلم يَجِبْ له عليه أَرْضٌ ، كالأَجَنِيِّ ، وما ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِالرَّهْنِ إِذَا جَنَى على رَاهِنِهِ .

فصل : فإن جنى عبدُ المُكاتبِ عليه جِنَايَةً مُوجِبُهَا المَالُ ، كانت هَذَرًا ؛ لِما ذَكَرْنَا ، وإن كان مُوجِبُهَا القِصاصَ ^(١) ، فله أن يُقْتَصَّ فيما دُونَ النَّفْسِ ؛ لأنَّ العَبْدَ يُقْتَصُّ مِنْهُ لِسَيِّدِهِ ، وإن عفا على مالٍ ، سَقَطَ القِصاصُ ولم يَجِبِ المَالُ . فإن كان الجاني أباه ، لم يُقْتَصَّ مِنْهُ ؛ لأنَّ الوالِدَ لا يُقْتَلُ بَوْلَدِهِ . وإن جَنَى المُكاتبُ عليه ، لم يُقْتَصَّ مِنْهُ ؛ لأنَّ السَيِّدَ لا يُقْتَصُّ مِنْهُ لِعَبْدِهِ . وقال القاضي : فيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ ؛ لأنَّ حُكْمَ الأبِ معه حُكْمُ الأحرارِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لا يَمْلِكُ بَيْعَهُ والتَّصَرُّفَ فيه ، وَجُعِلَتْ حُرِّيَّتُهُ مَوْقُوفَةً على حُرِّيَّتِهِ . قال القاضي ^(٢) : ولا نَعْلَمُ مَوْضِعًا يُقْتَصُّ فِيهِ المَمْلُوكُ مِنْ مالِكِهِ غَيْرَ هَذَا المَوْضِعِ .

(١) بعده في الأصل : « ولم يجب » .

(٢) زيادة من : م .

فصل : وإن جُنِيَ على المُكَاتَبِ فيما دُونَ النَّفْسِ ، فَأَرُشُ الْجِنَايَةِ له دُونَ سَيِّدِهِ ؛ لثَلَاثَةِ مَعَانٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ كَسْبَهُ له ، وذلك عَوَضٌ عَمَّا يَتَعَطَّلُ بِقَطْعِ يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ . والثاني ، أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ تَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ فِي النِّكَاحِ ؛ لِتَعَلُّقِهِ بِعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، كذلك بَدَلُ الْعُضْوِ . الثالثُ ، أَنَّ السَّيِّدَ أَخَذَ مَالَ الْكِتَابَةِ بَدَلًا عَنْ نَفْسِ الْمُكَاتَبِ ، فلا يجوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ عنه عَوَضًا آخَرَ .

ثم لا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْجَانِي سَيِّدَهُ ، فلا قِصَاصَ عَلَيْهِ لِأَمْرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ حُرٌّ وَالْمُكَاتَبُ عَبْدٌ . والثاني ، أَنَّهُ مَالِكُهُ^(١) ، ولا يُقْتَصُّ مِنَ الْمَالِكِ لِمَمْلُوكِهِ ، ولكن يَجِبُ الْأَرُشُ إِذَا انْدَمَلَ الْجَرْحُ ، على ما يُذَكَّرُ فِي الْجِنَايَاتِ . ولأنَّهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ لَا تُؤْمَنُ سِرَّائَتُهُ إِلَى نَفْسِهِ ، فَيَسْقُطُ أَرُشُهُ . فإذا ثَبَتَ هَذَا ، فَسَرَى الْجَرْحُ إِلَى نَفْسِهِ ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قَتَلَهُ ، وَإِنْ انْدَمَلَ الْجَرْحُ وَجَبَ لَهُ أَرُشُهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَيَتَقَاصَّانِ إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ وَقَدْ حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ أَوْ لَمْ يَحِلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، لم يَتَقَاصَّا ، وَيُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا يَسْتَحِقُّهُ ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُجْعَلَ أَحَدُهُمَا عَوَضًا عَنِ الْآخَرِ ، وَكَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ ، لم يَجْزَ ؛ لَأَنَّهُ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، فَإِنْ قَبِضَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ ، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى الْآخَرِ عَوَضًا عَنْ حَقِّهِ ، جاز . وَإِنْ رَضِيَ الْمُكَاتَبُ بِتَعْجِيلِ الْوَاجِبِ لَهُ عَمَّا لَمْ يَحِلَّ مِنْ نُجُومِهِ ، جاز ،

الشرح الكبير إذا كان من جنس مال الكتابة .

الحال الثانية ، إذا كان الجاني أجنبياً حُرّاً ، فلا قصاص ؛ «لأنَّ الحُرَّ» لا يُقتل بالعبْدِ ، فإن سَرَى الجُرْحُ إلى نَفْسِهِ انْفَسَخَتْ كِتَابَتُهُ ، وعلى الجاني قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهِ ، وإن [٥٤/٦ هـ و] اندَمَلَ الجُرْحُ فعليه أَرْشُهُ له ، فإن أَدَّى الكِتَابَةَ وَعَتَّقَ ، ثم سَرَى الجُرْحُ إلى نَفْسِهِ ، وَجَبَتْ دِيَّتُهُ ؛ لأنَّ اِعْتِبَارَ الضَّمَانِ بِحَالَةِ الاسْتِقْرَارِ ، ويكونُ ذلك لَوَرَثَتِهِ . فإن كان الجاني السَيِّدَ أو غَيْرَهُ مِنَ الْوَرَثَةِ ، لم يَرِثْ مِنْهُ شَيْئاً ؛ لأنَّ الْقَاتِلَ لَا يَرِثُ ، ويكونُ لِبَيْتِ الْمَالِ إِنْ لم يَكُنْ لَهُ وَاْرِثٌ . وَمَنْ اِعْتَبَرَ الْجَنَائَةَ بِحَالَةِ ابْتِدَائِهَا ، أَوْجَبَ عَلَى الْجَانِي قِيمَتَهُ ، ويكونُ أَيْضاً لَوَرَثَتِهِ .

الحال الثالث ، إذا كان الجاني عَبْدًا أو مُكَاتَبًا ، فإن كان مُوجِبُ الْجَنَائَةِ الْقِصَاصَ ، وكانت على النَّفْسِ ، انْفَسَخَتْ الْكِتَابَةُ ، وَسَيِّدُهُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْعَفْوِ على مالٍ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْجَانِي . وإن كانت فيما دُونَ النَّفْسِ ، كَقَطْعِ يَدِهِ ، فَلِلْمُكَاتَبِ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ ، وليس لِسَيِّدِهِ مَنَعُهُ ، كما أَنَّ الْمَرِيضَ يَقْتَصُّ^(١) وَلَا يَعْتَرِضُ عَلَيْهِ وَرَثَتُهُ ، وَالْمُفْلِسَ يَقْتَصُّ^(٢) وَلَا يَعْتَرِضُ عَلَيْهِ غُرْمَاؤُهُ . وَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ ، ثَبَتَ لَهُ ، وَإِنْ عَفَا مُطْلَقًا «أَوْ إِلَى غَيْرِ مَالٍ» ، انْبَنَى عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي مُوجِبِ الْعَمْدِ ؛ إِنْ قُلْنَا : مُوجِبُهُ الْقِصَاصُ عَيْنًا . صَحَّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ مَالٌ ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ

(١ - ١) سقط من : م .
(٢) في الأصل : « يقبض » .

الشرح الكبير

مُطَابَّتُهُ بِاشْتِرَاطِ مَالٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَكْسُبُ ، وَلَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ^(١) إِجْبَارَهُ عَلَى الْكَسْبِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ . ثَبَتَ لَهُ دِيَّةُ الْجُرْحِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا سَقَطَ^(٢) الْقِصَاصُ ، تَعَيَّنَ^(٣) الْمَالُ ، وَلَا يَصِحُّ عَفْوُهُ عَنِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ صَالَحَ عَلَى بَعْضِ الْأَرْضِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْعَفْوِ إِلَى غَيْرِ مَالٍ .

فصل : وإذا مات المُكَاتِبُ وعليه ديون وأروش جنائيات ، ولم يكن مَلَكٌ ما يُؤَدِّي في كتابته ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَسَقَطَ أَرُشُ الْجَنَائِيَّاتِ ؛ لِأَنَّهَا مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ وَقَدْ تَلَفَتْ ، وَتُسْتَوْفَى دِيُونُهُ مِمَّا كَانَ فِي يَدِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَفِرْ بِهَا سَقَطَ الْبَاقِي . قَالَ أَحْمَدُ : لَيْسَ عَلَى سَيِّدِهِ قَضَاءُ دَيْنِهِ ، هَذَا كَانَ يَسْعَى لِنَفْسِهِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ مَلَكَ مَا يُؤَدِّي فِي كِتَابَتِهِ ، انْبَنَى ذَلِكَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي عِتْقِ الْمُكَاتِبِ بِمَلِكٍ مَا يُؤَدِّيهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيهِ رَوَايَتَيْنِ ، الظَّاهِرُ مِنْهُمَا أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ بِذَلِكَ ، فَتَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ أَيْضًا ، وَيُبْدَأُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْحَالِ الْأَوَّلِ . وَهَذَا قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَشُرَيْحٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَأَبَى الزُّنَادِ ، وَيَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ ، وَرَبِيعَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَالثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ مَا يُؤَدِّي صَارَ حُرًّا . فَعَلَى هَذَا ، يَضْرِبُ السَّيِّدُ مَعَ الْغَرَمَاءِ بِمَا حَلَّ مِنْ نُجُومِهِ . زُيِّنَ لَنَا هَذَا عَنْ شُرَيْحٍ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ،

الإنصاف

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « ثبت » .

(٣) في الأصل . « بغير » .

فصل : وَالْكِتَابَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، لَا يَدْخُلُهَا خِيَارٌ ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمَا فُسْخَهَا .

وَالْحَكْمُ ، وَحَمَادٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لَهُ^(١) حَالٌ ، فَيَضْرِبُ بِهِ ، كَسَائِرِ الدُّيُونِ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ : إِنَّ الدَّيْنَ يَحُلُّ بِالْمَوْتِ . أَنْ يَضْرِبَ بِجَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ حُلَّ بِالْمَوْتِ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ، الَّذِي نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ فِي « سُنَنِه » : ثَنَا هُشَيْمٌ ، ثَنَا مَنْصُورٌ وَسَعِيدٌ ، عَنْ قَتَادَةَ ، قَالَ : ذَكَرْتُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ قَوْلَ شُرَيْحٍ فِي الْمُكَاتَبِ إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَبَقِيَّةٌ مِنْ [٥٤/٦ ظ] مُكَاتَبَتِهِ ، فَقُلْتُ : إِنَّ شُرَيْحًا قَضَى أَنَّ مَوْلَاهُ يَضْرِبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ . فَقَالَ سَعِيدٌ : أَخْطَأَ شُرَيْحٌ ، قَضَى زَيْدٌ بِالدَّيْنِ قَبْلَ الْمُكَاتَبَةِ^(٢) .

فصل : قَالَ الشَّيْخُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَالْكِتَابَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، لَا يَدْخُلُهَا خِيَارٌ ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمَا فُسْخَهَا) وَجَمَلُهُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، أَشْبَهَ عَقْدَ النِّكَاحِ .

قوله : وَالْكِتَابَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، لَا يَدْخُلُهَا خِيَارٌ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْفُرُوعِ » وَغَيْرُهُ ، فِي بَابِ الْخِيَارِ . وَذَكَرَ

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٤١٣/٨ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٣٩٥/٦ ، ٣٩٦ . والبيهقي ،

في : السنن الكبرى ٣٣٢/١٠ ، ٣٣٣ .

وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . وَلَا تَنْفِسُ بِمَوْتِ
السَّيِّدِ وَلَا جُنُونِهِ ، وَلَا الْحَجَرِ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

والبيع ، ولا يدخلها خيارٌ ؛ لأنَّ الخيارَ شرعٌ لدفعِ العَينِ عن المالِ ،
والسيدُ دخلَ على بصيرةٍ أنَّ^(١) الحظَّ لعبده ، فلا معنى للخيار . ولا يملكُ
أحدهما فسحها ، قياساً على سائرِ العقودِ اللازمة . وعنه ، أنَّ العبدَ يملكُ
ذلك ، وسنذكرُه إن شاء الله (ولا يجوزُ تعليقُها على شرطٍ مُستقبلٍ)
كسائرِ عقودِ المعاوضاتِ .

٣٠٢١ - مسألة : (ولا تَنْفِسُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ) لا نَعْلَمُ في ذلك
خِلافًا (ولا) تَنْفِسُ (بجُنُونِهِ ، ولا الْحَجَرِ عَلَيْهِ) لَأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، أَشْبَهَ
الْبَيْعِ .

الإنصاف

القاضي ، أنَّ العبدَ المُكَاتَبَ له الخيارُ على التَّأْيِيدِ ، بخلافِ سَيِّدِهِ . قال الشَّيْخُ
تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ : وفيه نظرٌ . قال ابنُ عَقِيلٍ : لا خيارَ للسَّيِّدِ ، وأما العبدُ
فله الخيارُ أبدًا ، مع القُدْرَةِ على الوَفَاءِ والعَجْزِ ، فإذا امْتَنَعَ ، كان الخيارُ للسَّيِّدِ .
هذا ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . وقال أبو بَكْرٍ : إنَّ كان قادِرًا على الوَفَاءِ ، فلا خيارَ له ،
وإنَّ عَجَزَ عنه ، فله الخيارُ . ذكرَ ذلك في «الثُّكَّتِ» في بابِ الخيارِ ، وقال : ما
قاله القاضي وابنُ عَقِيلٍ ، قاله الشَّيرَازِيُّ وابنُ البَنَّا . ذكرَه الزُّرْكَاشِيُّ ، على ما
يَأْتِي قَرِيبًا .

(١) في الأصل : « لأن » .

المقنع وَيَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْوَرَثَةِ وَغَيْرِهِمْ .

الشرح الكبير

٣٠٢٢ - مسألة : (وَيَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى سَيِّدِهِ ، (وإلى مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْوَرَثَةِ وَغَيْرِهِمْ) ولا خلاف في أَنَّهُ يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى سَيِّدِهِ) ، وقد ذَكَرْنَا ذَلِكَ . وبالأداء إلى الْوَرَثَةِ ؛ لَأَنَّهُ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ مع بقاء الْكِتَابَةِ ، فهو كالأداء إلى مَوْرُوثِهِمْ ، ويكون مَقْسُومًا بَيْنَهُمْ على قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ ، كسائر دُيُونِهِ ، فإذا كان له أولادٌ ذَكَورٌ وإناثٌ ، فللذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ . ولا يَعْتِقُ حَتَّى يُؤَدَّى إِلَى كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ . فإن أَدَّى إِلَى بَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ لم يَعْتِقْ ، كما لو كان بَيْنَ شُرَكَاءَ ، فأَدَّى إِلَى بَعْضِهِمْ ، فإن كان بَعْضُهُمْ غَائِبًا ، (وله وَكِيلٌ ، دَفَعَ نَصِيْبَهُ إِلَى وَكِيلِهِ ، وإن لم يَكُنْ له وَكِيلٌ ، دَفَعَ نَصِيْبَهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَعَتَقَ . وإن كان مُوَلِّيًّا عَلَيْهِ) ، دَفَعَ إِلَى وَلِيِّهِ ؛ إِمَّا أَبِيهِ أَوْ وَصِيِّهِ أَوْ الْحَاكِمِ أَوْ أَمِينِهِ ، فإن كان له وَصِيَّانَ ، لم يَبْرَأْ إِلَّا بِالْإِذْنِ إِلَيْهِمَا مَعًا . وإن كان الْوَارِثُ رَشِيدًا قَبَضَ لِنَفْسِهِ ، ولا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ (إِلَى غَيْرِهِ) لِيَقْبِضَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الرَّشِيدَ وَلِيٌّ لِنَفْسِهِ ، وإن كان بَعْضُهُمْ رَشِيدًا وَبَعْضُهُمْ مُوَلِّيًّا عَلَيْهِ ، فَحُكْمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُكْمُهُ لو انْفَرَدَ . فإن أَدَّى بَعْضُهُمْ فِي الْأَدَاءِ إِلَى الْآخَرِ ، وَكَانَ الَّذِي أَدَّى رَشِيدًا ، فَأَدَّى إِلَى الْآخَرِ

الإنصاف

تنبيه : ظاهرُ قَوْلِهِ : وَيَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ إِلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْوَرَثَةِ . أَنَّ الْبَاقِيَ مِنَ الْكِتَابَةِ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ يُطَالَبُ بِهِ ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الْأَصْحَابُ . ونقل ابنُ هانِيٍّ ، إن أَدَّى بَعْضُ كِتَابَتِهِ ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

جَمِيعَ حَقِّهِ ، عَتَقَ نَصِيْبَهُ ، وَلَا يَسْرَى إِلَى نَصِيْبِ شَرِيْكِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، وَيَسْرَى إِلَيْهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَيَقُومُ^(١) عَلَيْهِ نَصِيْبُ شَرِيْكِهِ كُلُّهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ بَيْنَ شَرِيْكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَسْرَى عِتْقُهُ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى بَعْضَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَدَاهُ إِلَى السَّيْدِ . فَإِنْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ بَرَأَ مِنْهُ وَعَتَقَ ، وَإِنْ أَبْرَأَهُ بَعْضَهُمْ عَتَقَ نَصِيْبَهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ مِنْهُ وَعَتَقَ . وَالْخِلَافُ فِي هَذَا كُلُّهُ كَالْخِلَافِ فِيمَا إِذَا أَدَّى إِلَى بَعْضِهِمْ بِإِذْنِ الْآخَرِ . وَلَنَا عَلَى أَنَّهُ يَعْتَقُ نَصِيْبُ [٦ / ٥٥ و] مَنْ أَبْرَأَ مِنْ حَقِّهِ عَلَيْهِ أَوْ اسْتَوْفَى نَصِيْبَهُ بِإِذْنِ شُرَكَائِهِ ، أَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِنْ جَمِيعِ مَا لَهُ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُلْحَقَهُ الْعِتْقُ ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ سَيِّدُهُ مِنْ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَبْرَأَهُ سَيِّدُهُ مِنْ بَعْضِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَا أَبْرَأَهُ مِنْ جَمِيعِ حَقِّهِ . وَلَنَا عَلَى سَرَايَةِ عِتْقِهِ ، أَنَّهُ إِعْتَاقٌ لِبَعْضِ الْعَبْدِ الَّذِي يَجُوزُ إِعْتَاقُهُ مِنْ مُوسِرٍ جَائِزٍ التَّصَرُّفِ غَيْرِ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَسْرَى عِتْقُهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ قِنًا ، وَلِأَنَّهُ عِتْقٌ حَصَلَ بِفِعْلِهِ وَاخْتِيَارِهِ ، فَسَرَى ، كَمَحَلِّ الْوِفَاقِ . فَإِنْ قِيلَ : فِي السَّرَايَةِ إِضْرَارٌ بِالشَّرَكَاءِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَعْجِزُ فِيرُدُّ إِلَى

يُحْسَبُ مِنْ ثَلَاثِهِ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَةِ الْعَبْدِ ، وَيَعْتَقُ . وَتَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ بَابِ الْوَلَاءِ ؛ إِذَا أَدَّى الْمُكَاتَبُ بَعْضَ الْكِتَابَةِ لِلْوَرَثَةِ ، هَلْ يَكُونُ الْوَلَاءُ لِلسَّيِّدِ أَوْ لِلْوَرَثَةِ ؟ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَقْدَمُ » .

الرَّقَّ . قُلْنَا : إِذَا كَانَ الْعِتْقُ فِي مَحَلِّ الْوِفَاقِ ^(١) يُزِيلُ الرَّقَّ الْمُتَمَكِّنَ الَّذِي لَا كِتَابَةَ فِيهِ ، فَلَأَن يُزِيلَ عَرَضِيَّةً ذَلِكَ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى .

فصل : وَإِذَا عَتَقَ بِالْأَدَاءِ ^(١) إِلَى الْوَرَثَةِ ، فَلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَرَقِيِّ . يَخْتَصُّ بِهِ عَصَابَتُهُ دُونَ أَصْحَابِ الْفُرُوضِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَنَقَلَهُ ^(٢) إِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ ، وَإِسْحَاقُ . وَرَوَى حَنْبَلٌ ، وَصَالِحُ بْنُ أَحْمَدَ ، عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ : اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي الْمُكَاتَبِ يَمُوتُ سَيِّدُهُ وَعَلَيْهِ بَقِيَّةٌ مِنْ كِتَابَتِهِ ؛ قَالَ بَعْضُ النَّاسِ : الْوَلَاءُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا وَلَاءَ لِلنِّسَاءِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِنَّمَا هُوَ دَيْنٌ عَلَى الْمُكَاتَبِ ، وَلَا يَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا كَاتَبْنَ أَوْ اعْتَقْنَ . وَالَّذِي يَغْلِبُ عَلَى أَنَّهُنَّ يَرِثْنَ ؛ ^(٣) وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَوْ عَجَزَ ^(٤) بَعْدَ وَفَاةِ السَّيِّدِ رُدُّ رَقِيقًا . وَهَذَا قَوْلُ طَاوُسٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ انْتَقَلَ إِلَى الْوَرَثَةِ بِمَوْتِ الْمُكَاتَبِ ^(٥) ، بِدَلِيلِ أَنَّهُمْ لَوْ اعْتَقَوْهُ نَفَذَ ^(٥) عِتْقَهُمْ ، فَكَانَ وَلَاؤُهُ لَهُمْ ، كَمَا لَوْ انْتَقَلَ بِالشَّرَاءِ ، وَلِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى الْوَرَثَةِ ، فَكَانَ وَلَاؤُهُ لَهُمْ ، كَمَا لَوْ أَدَّى إِلَى الْمُشْتَرَى . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ السَّيِّدَ هُوَ الْمُنْعَمُ بِالْعِتْقِ ، فَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، كَمَا لَوْ أَدَّى إِلَيْهِ ، وَلِأَنَّ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « فقبله » .

(٣ - ٣) في م : « ولو عجز المكاتب » .

(٤) في م : « السيد » .

(٥) في م : « بعد » .

الْوَرَثَةُ إِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ مَا بَقِيَ لِلسَّيِّدِ ، وَإِنَّمَا بَقِيَ لَهُ ذَيْنٌ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمِيرَاثِ وَالشَّرَاءِ ، أَنَّ السَّيِّدَ نَقَلَ حَقَّهُ فِي الْبَيْعِ بِاخْتِيَارِهِ ، فَلَمْ يَبْقَ لَهُ فِيهِ حَقٌّ مِنْ وَجْهِهِ ، وَالْوَارِثُ يَخْلُفُ الْمَوْرُوثَ وَيَقُومُ مَقَامَهُ ، « وَيَبْنِي عَلَى مَا فَعَلَهُ »^(١) مَوْرُوثُهُ ، « وَلَا »^(٢) يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ شَيْءٌ أَمْكَنَ بَقَاؤُهُ لِمَوْرُوثِهِ ، وَالْوَلَاءُ مِمَّا أَمْكَنَ بَقَاؤُهُ لِلْمَوْرُوثِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يَنْتَقِلَ عَنْهُ . وَقَدْ ذَكَّرْنَا ذَلِكَ فِي بَابِ الْوَلَاءِ .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْوَرَثَةُ صَحَّ عِتْقُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لَهُمْ ، فَصَحَّ عِتْقُهُمْ لَهُ ، وَلِأَنَّ السَّيِّدَ لَوْ أَعْتَقَهُ نَفَذَ عِتْقَهُ ، وَهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ مَوْرُوثِهِمْ . وَوَلَاؤُهُ لَهُمْ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(٣) . وَإِنْ أَعْتَقَ بَعْضُهُمْ نَصِيبَهُ فَعَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ بِالسَّرَايَةِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ نَصِيبُ شُرَكَائِهِ ، وَ^(٤) كَانَ وَلَاؤُهُ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَسِرْ لِكَوْنِهِ مُعْسِرًا أَوْ لَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَهُ وَلَاؤُهُ مَا أَعْتَقَهُ ؛ لِلخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ مُنْعَمٌ عَلَيْهِ ، فَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، كَغَيْرِ الْمُكَاتَبِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ أَعْتَقُوهُ كُلُّهُمْ قَبْلَ عَجْزِهِ ، كَانَ الْوَلَاءُ [٥٥/٦ ظ] لِلسَّيِّدِ ، وَإِنْ أَعْتَقَ بَعْضُهُمْ لَمْ يَسِرْ عِتْقُهُ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ أَدَّى إِلَى الْبَاقِينَ عَتَقَ كُلَّهُ ،

(١ - ١) فِي م : « وَيَلِي عَلَى » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْل : « لِأَنَّهُ » .

(٣) تَقْدِيمُ تَفْرِيغِهِ فِي ٢٣٤/١١ ، ٢٣٥ .

(٤) فِي الْأَصْل : « وَإِنْ » .

الشرح الكبير وكان ولأؤه للسيد ، وإن عَجَزَ فَرَدُّوه إلى الرِّقِّ ، كان ولأءُ نصيبِ المُعْتَقِ له ؛ لأنه لولا إعْتاقه لعاد سَهْمُهُ رَقِيقًا كِسْهَامِ سَائِرِ الْوَرَثَةِ ، فلمَّا أَعْتَقَهُ كان هو الْمُنْعَمَ عليه ، فكان الْوَلَاءُ له ذُونَهُمْ . فأمَّا إن أبرأه الْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ عَتَقَ ، وكان ولأؤه على الرَّوَّائِتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا فيما إذا أدَّى إليهم ؛ لأنَّ الإِبْرَاءَ جَرَى مَجْرَى أَداء ما عليه . وَيَحْتَمِلُ أن يكون الْوَلَاءُ لهم ؛ لأنَّهُمْ أَنْعَمُوا عليه بما عَتَقَ به ، أَشْبَهَ ما لو أَعْتَقُوهُ ، وإن أبرأه بعضهم مِنْ نَصِيْبِهِ ، كان في وَلَائِهِ ما ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْخِلَافِ .

فصل : إذا باع الْوَرَثَةُ الْمُكَاتَبَ أَوْ وَهَبُوهُ ، صَحَّ بَيْعُهُمْ وَهَبُهُمْ ؛ لأنَّهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ مَوْرُوثِهِمْ ، وهو يَمْلِكُ بَيْعَهُ وَهَبَتَهُ ، كذلك وَرَثَتُهُ ، ويكون عند الْمُشْتَرِي والمَوْهُوبِ له مُبَقَّى على ما بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، إن عَجَزَ فَعَجَزَهُ ، عاد رَقِيقًا له ، وإن أدَّى ('وَعَتَقَ ، كان') ولأؤه لِمَنْ يُؤَدِّي إليه ، على الرَّوَايَةِ التي تقولُ : إنَّ وَلَاءَهُ لِلْوَرَثَةِ إذا أدَّى إليهم . وأمَّا على الرَّوَايَةِ الأُخْرَى ، فَيَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ بَيْعُهُ ولا هِبَتُهُ ؛ لأنَّ ذلك يَقْتَضِي إِبْطَالَ سَبَبِ ثُبُوتِ الْوَلَاءِ لِلسَّيِّدِ الذي كَاتَبَهُ ، وليس ذلك ('لِلْوَرَثَةِ' . وَيَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ، ويكون الْوَلَاءُ لِلسَّيِّدِ إن أُعْتِقَ بِالْكِتَابَةِ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ عَقَدَهَا ، فَعَتَقَ بِهَا ، فكان ولأؤه^(١) له ، ويُفَارِقُ ما باعَهُ السَّيِّدُ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ بَيْعَهُ أَبْطَلَ حَقَّ نَفْسِهِ ، وله ذلك ، بخِلَافِ الْوَرَثَةِ ؛ فَإِنَّهُمْ لا يَمْلِكُونَ إِبْطَالَ حَقِّ مَوْرُوثِهِمْ .

(١ - ١) في م : « عتق وكان » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

فصل : إذا وصَّى السيدُ بمالِ الْكِتَابَةِ صَحَّ . فإن سَلَّمَ مالَ الْكِتَابَةِ إلى الْمُوصَى له ، أو وَكَّيْله ، أو وَلِيِّه إن كان مُحْجُورًا عليه ، بَرِئَ منه ، وَعَتَقَ ، وولَّاهُ لسيدهِ الذي كَاتَبَهُ ؛ لَأَنَّهُ الْمُنْعَمُ عليه ، وإن أبرأه من المالِ ، عَتَقَ ؛ لَأَنَّهُ بَرِئٌ من مالِ الْكِتَابَةِ ، فأشْبَهَ ما لو أدَّى ، وإن أعتقه ، لم يَعْتِقْ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ ، وإنَّما وصَّى له بالمالِ الذي عليه ، وإن عَجَزَ ورُدَّ في الرِّقِّ ، صارَ عَبْدًا للورثةِ ، وما قَبَضَهُ الْمُوصَى له من المالِ فهو له ؛ لَأَنَّهُ قَبَضَهُ بِحُكْمِ الْوَصِيَّةِ الصَّحِيحَةِ ، والأمرُ في تَعْجِيزِهِ إلى الْوَرْتَةِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ يَنْبُتُ لَهُمُ بِتَعْجِيزِهِ وَيَصِيرُ عَبْدًا لَهُمُ ، فكانت الْخَيْرَةُ في ذلكَ إِلَيْهِمْ ، وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ الْمُوصَى له بِتَعْجِيزِهِ . وإن وصَّى بمالِ الْكِتَابَةِ لِلْمَساكِينِ ، وَوصَّى إلى مَنْ يَقْبِضُهُ وَيُفَرِّقُهُ بَيْنَهُمْ ، صَحَّ ، ومتى سَلَّمَ المالَ إلى الْوَصِيِّ بَرِئَ وَعَتَقَ . وإن أبرأه منه لم يَبْرَأْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لغيرِهِ . فإن دَفَعَهُ الْمُكَاتِبُ إلى الْمَساكِينِ لم يَبْرَأْ منه ولم يَعْتِقْ ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ إلى الْوَصِيِّ دُونَهُ . وإن وصَّى بدَفْعِ المالِ إلى غَرَمائِهِ ، تَعَيَّنَ الْقَضَاءُ مِنْهُ ، كما لو وصَّى به عَطِيَّةً لَهُمْ ، فإن كان إنَّما وصَّى بِقَضَاءِ دُيُونِهِ مُطْلَقًا ، كان على الْمُكَاتِبِ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْوَرْتَةِ وَالْوَصِيِّ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ ، ويدْفَعَهُ إِلَيْهِمْ بِحَضْرَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لِلْوَرْتَةِ ، ولَهُمْ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ ، وللوصِيِّ في قَضَاءِ الدَّيْنِ حَقٌّ ؛ لِأَنَّ لَهُ مَنْعَهُمْ مِنَ التَّصَرُّفِ في التَّرَكَّةِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ .

فصل : إذا مات رجلٌ وخَلَّفَ ابْنَيْنِ وَعَبْدًا ، فادَّعَى الْعَبْدُ [٥٦/٦ و] أَنَّ سَيِّدَهُ كَاتَبَهُ ، فَصَدَّقَاهُ ، ثَبَّتَ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما . وإن أنكرَاهُ ،

وكانت له بيّنة ، ثبتت الكتابة ، وعَتَقَ بالأداء إليهما . وإن عَجَزَ ، فلهما رَدُّهُ إلى الرِّقِّ . وإن لم يُعَجِّزْهُ ، وصَبَرَ عليه ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ . وإن عَجَزَهُ أَحَدُهُما ، وأبَى الآخرُ تَعَجِّيزَهُ ، بَقِيَ نِصْفُهُ على الكتابة ، ورقَّ النِّصْفُ الآخرُ . فإن لم تَكُنْ له بيّنة ، فالقولُ قولُهما مع أيّمانهما ؛ لأنَّ الأصلَ بقاءُ الرِّقِّ وعدمُ الكتابة ، وتكونُ أيّمانُهما على نفْيِ العلمِ ؛ لأنَّها يَمِينُ على نفْيِ فِعْلٍ الغَيْرِ ، فإن حَلَفَا ثَبَتَ رِقُّهُ ، وإن نَكَلَا قُضِيَ عليهما ، أو رُدَّتِ اليمينُ عليه عندَ مَنْ يَرَى رَدَّها ، فَيَحْلِفُ العبدُ وتَثْبُتُ الكتابة . وإن حَلَفَ أَحَدُهُما ونَكَلَ الآخرُ ، قُضِيَ بِرِقِّ نِصْفِهِ وكتابةِ نِصْفِهِ . وإن صَدَّقَهُ أَحَدُهُما وكَذَّبَهُ الآخرُ ، ثَبَتَتِ الكتابةُ في نِصْفِهِ ، وعليه البيّنةُ في نِصْفِهِ الآخرِ ، فإن لم تَكُنْ بيّنةً ، وحَلَفَ المُنْكَرُ ، صارَ نِصْفُهُ مُكَاتَبًا ونِصْفُهُ رَقِيقًا . فإن شَهِدَ المُقَرَّرُ على أخيه ، قُبِلَتِ شَهادَتُهُ ؛ لأنَّهُ لا يَجْرُ إلى نَفْسِهِ نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ عنها ضَرَرًا ، فإن كان معه شاهدٌ آخرُ ، كَمَلَتِ الشَّهادةُ ، وثَبَتَتِ الكتابةُ في جَمِيعِهِ . وإن لم يَشْهَدْ غَيْرُهُ ، فهل يَحْلِفُ العبدُ معه ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وإن لم يَكُنْ عَدْلًا ، أو لم يَحْلِفِ العبدُ معه ، وحَلَفَ المُنْكَرُ ، كان نِصْفُهُ مُكَاتَبًا ونِصْفُهُ رَقِيقًا ، ويكونُ كَسْبُهُ بينَهُ وبينَ المُنْكَرِ نِصْفَيْنِ ، ونَفَقَتُهُ مِنْ كَسْبِهِ ؛ لأنَّها على نَفْسِهِ وعلى مالِكِ نِصْفِهِ ، فإن لم يَكُنْ له كَسْبٌ ، كان على المُنْكَرِ نِصْفُ نَفَقَتِهِ ، ثم إن اتَّفَقَ هو ومالِكُ نِصْفِهِ على المُهاياةِ مِياومةً^(١) ، أو مُشَاهَرَةً ، أو كَيْفَمَا كان ، جاز ، فإن طَلَبَ

(١) في الأصل : « مَوَاطِئَة » .

أَحَدُهُمَا ذَلِكَ وَامْتَنَعَ الْآخَرُ ، أَجْبَرَ عَلَيْهَا ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا أَرَادَ أَحَدُهُمَا حِيَازَةَ نَصِيْبِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ لَزِمَ الْآخَرَ إِجَابَتُهُ ، كَالْأَعْيَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُهَيَاةَ تَأْخِيرُ حَقِّهِ الْحَالُ ، لَكُونَ الْمَنَافِعِ فِي هَذَا الْيَوْمِ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا ، فَلَا تَجِبُ الْإِجَابَةُ إِلَيْهِ ، كَتَأْخِيرِ دَيْنِهِ الْحَالُ . فَإِنْ اقْتَسَمَا الْكَسْبَ مُنَاصَفَةً أَوْ مُهَيَاةً ، جَازَ ، فَإِنْ لَمْ يَفِ بِأَدَاءِ نُجُومِهِ ، فَلِلْمُقَرَّرِ رَدُّهُ فِي الرُّقِّ ، وَمَا فِي يَدِهِ لَهُ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّ الْمُنْكَرَ قَدْ أَخَذَ حَقَّهُ مِنَ الْكَسْبِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ الْمُنْكَرُ وَالْمُقَرَّرُ فِيمَا فِي يَدِ الْمُكَاتَبِ ، فَقَالَ الْمُنْكَرُ : هَذَا كَانَ فِي يَدِهِ قَبْلَ دَعْوَى الْكِتَابَةِ - أَوْ - كَسْبِهِ فِي حَيَاةِ أَيْنَا . وَأُنْكَرَ ذَلِكَ الْمُقَرَّرُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ يَدَّعِي كَسْبَهُ فِي وَقْتِ الْأَصْلِ عَدَمُهُ فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ اخْتَلَفَ هُوَ وَالْمُكَاتَبُ فِي ذَلِكَ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُكَاتَبِ ، فَكَذَلِكَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ . وَإِنْ أَدَّى الْكِتَابَةُ ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُقَرَّرِ خَاصَّةً ، وَلَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ ^(١) لَمْ يُبَاشِرِ الْعِتْقَ ، وَلَمْ يُنْسَبْ إِلَيْهِ ، وَإِنَّمَا كَانَ السَّبَبُ ^(٢) مِنْ أَبِيهِ ، وَهَذَا حَالُ ^(٣) عَنْ أَبِيهِ مُقَرَّرٌ بِفِعْلِهِ ، فَهُوَ كَالشَّاهِدِ ، وَلِأَنَّ الْمُقَرَّرَ يَزْعُمُ أَنَّ نَصِيبَ أَخِيهِ حُرٌّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَبِضَ مِنَ الْعَبْدِ مِثْلَ مَا قَبِضَ ، فَقَدْ [٥٦/٦ ظ] حَصَلَ أَدَاءُ مَالِ الْكِتَابَةِ

(١) بعده في الأصل : « له » .

(٢) في الأصل : « النسب » .

(٣) في الأصل : « خال » .

الشرح الكبير إليهما جميعاً^(١) ، فَعَتَقَ كُلَّهُ بِذَلِكَ ، وَوَلَاءُ النَّصْفِ لِلْمُقَرَّرِ ؛ لِأَنَّ أَخَاهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَالْمُقَرَّرُ يَدَّعِي أَنَّهُ كُلُّهُ عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ وَهَذَا الْوَلَاءُ الَّذِي عَلَى هَذَا النَّصْفِ نَصِيبِي^(٢) مِنْ الْوَلَاءِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ . أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْوَلَاءَ بَيْنَ الْإِثْنَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ لِمَوْرُوثِهِمَا ، فَكَانَ لِهَما بِالْمِيرَاثِ . قَالَ شَيْخُنَا^(٣) : وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَاهُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَلَا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُ الْوَلَاءِ لِلْأَبِ وَاخْتِصَاصُ أَحَدِ الْإِثْنَيْنِ بِهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا دَيْنًا لِأَخِيهِ عَلَى إِنْسَانٍ ، وَأَنْكَرَهُ الْآخَرُ ، فَإِنَّ الْمُدَّعِيَ يَأْخُذُ نَصِيبَهُ مِنَ الدَّيْنِ وَيَخْتَصُّ بِهِ دُونَ أَخِيهِ ، وَإِنْ كَانَ يَرِثُهُ عَنِ الْأَبِ ، وَكَذَلِكَ^(٤) لَوْ ادَّعَاهُ مَعًا ، وَأَقَامَا بِهِ شَاهِدًا وَاحِدًا ، فَحَلَفَ أَحَدُهُمَا مَعَ الشَّاهِدِ ، وَأَبَى الْآخَرُ . فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا . هَذَا قَوْلُ الْخَرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، وَكَانَ لَهُ مَا يُلْغِي قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، قُومَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَأُعْطِيَ شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ »^(٥) . وَلِأَنَّهُ مُوسِرٌ عَتَقَ نَصِيبُهُ مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ ، فَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كَغَيْرِ الْمُكَاتَبِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي : لَا يَعْتَقُ إِلَّا حِصَّتَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ الْمُقَرَّرُ ، فَهُوَ مُنْفَذٌ ، وَإِنْ كَانَ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « من نصيبي » .

(٣) في : المغني ٤٧٥/١٤ .

(٤) في م : « لذلك » .

(٥) تقدم تحريجه في ٢٥٩/١٥ .

فَإِنْ حَلَّ نَجْمٌ فَلَمْ يُؤَدِّهِ ، فَلِلْسَيِّدِ الْفَسْخِ . وَعَنْهُ ، لَا يَعْجِزُ حَتَّى
يَحِلَّ نَجْمَانِ . وَعَنْهُ ، لَا يَعْجِزُ حَتَّى يَقُولَ : قَدْ عَجَزْتُ .

المُنْكَرُ ، لم يَسِرْ إِلَى نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ ؛ لِأَنَّهُ مُكَاتَبٌ لغيرِهِ ، وَفِي سِرَايَةِ الْعِتْقِ
إِلَيْهِ إِبْطَالُ سَبَبِ الْوَلَاءِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَعْجِزْ ذَلِكَ .

٣٠٢٣ - مسألة : (وَإِنْ حَلَّ نَجْمٌ فَلَمْ يُؤَدِّهِ ، فَلِلْسَيِّدِ الْفَسْخِ .
وعنه ، لَا يَعْجِزُ حَتَّى يَحِلَّ نَجْمَانِ . وعنه ، لَا يَعْجِزُ حَتَّى يَقُولَ : قَدْ
عَجَزْتُ) اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِيمَا يَجُوزُ لِلْسَيِّدِ بِهِ فَسْخُ
الْكِتَابَةِ ، فَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ الْفَسْخُ إِذَا عَجَزَ عَنْ نَجْمٍ وَاحِدٍ . وَهُوَ
قَوْلُ الْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيَّ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ دَخَلَ عَلَى أَنْ
يُسَلَّمَ لَهُ مَالُ الْكِتَابَةِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، وَيَذْفَعُ إِلَيْهِ الْمَالَ فِي
نُجُومِهِ ، فَإِذَا لَمْ يُسَلَّمَ لَهُ لَمْ يَلْزَمْهُ عِتْقُهُ . وَلِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ النَّجْمِ فِي
وَقْتِهِ ^(١) ، فَجَازَ فَسْخُ كِتَابَتِهِ ، كَالنَّجْمِ الْأَخِيرِ . وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الْعَوَضُ فِي
عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، وَوَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ سِلْعَةً
فَأُفْلَسَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ نَقْدِ ثَمَنِهَا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّ السَّيِّدَ لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ
حَتَّى يَحِلَّ نَجْمَانِ قَبْلَ أَدَائِهِمَا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . قَالَ الْقَاضِي :
وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا . رَوَى ذَلِكَ عَنْ الْحَكَمِ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ،

قوله : فَإِنْ حَلَّ نَجْمٌ فَلَمْ يُؤَدِّهِ ، فَلِلْسَيِّدِ الْفَسْخِ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ،
وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « تَذْكِرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍّ » ،

(١) بعده في م : « فجاز في وقته » .

وأبى يوسف ، والحسن بن صالح ؛ لما روى عن علي ، رضى الله عنه ، أنه قال : لا يُردُّ المُكاتبُ في الرِّقِّ حتَّى يتوالى عليه نجمان^(١) . ولأنَّ ما بين النّجْمَيْنِ محلٌّ لأداء الأوّل ، فلا يتحقّق العجزُ عنه حتّى يفوت محلُّه بحُلُولِ الثّاني . والروايةُ الثّالثة ، أنّه لا يعجزُ حتّى يقول : قد عجزتُ . رواها عنه ابنُ أبى موسى . وروى عنه أنّه إذا أدّى أكثرَ مالِ الكِتابَةِ ، لم يُردَّ إلى الرِّقِّ ، وأُتبعَ بما بقى . [٥٧/٦ و] وإذا قلنا : للسيدِ الفسخُ . لم تنفَسِخِ الكِتابَةُ بالعجزِ ، بل له مُطالبَةُ المُكاتبِ بما حلَّ من نُجومِهِ ؛ لأنّه دَيْنٌ له حلٌّ ، فأشبهَ دينَهُ على الأجنبيِّ ،^(٢) وله^(٣) الصَّبْرُ عليه وتأخيرُهُ به ، سواءً كان قادراً على الأداءِ أو عاجزاً ؛ لأنّه حقٌّ له سَمَحٌ بتأخيرِهِ ، أشبهَ الدّينَ على الأجنبيِّ . فإنِ اختارَ الصَّبْرَ عليه لم يملكِ^(٤) العبدُ الفسخَ ، بغيرِ خلافٍ نَعْلَمُهُ . قال ابنُ المُنذِرِ : أجمَعَ كلُّ مَنْ نَحَفَظُ عنه مِنْ أَهْلِ العِلْمِ ، على أن^(٥) المُكاتبَ إذا حلَّ عليه نجمٌ ،^(٦) أو نجمان^(٧) ، أو نُجومُهُ كُلُّهَا ، فوقفَ^(٨) السَّيّدُ عن مُطالبَتِهِ وتركه بحالِهِ ، أن الكِتابَةَ لا تنفَسِخُ ،

و « المُنَوَّرِ » ، وغيرِهِمْ . وقَدَّمَهُ في « الهِدايَةِ » ، و « المُذهَبِ » ، و « المُستَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحرَّرِ » ، و « الرُّعايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الفُرُوعِ » ، و « الفائِقِ » ، وغيرِهِمْ . وعنه ، لا يعجزُ حتّى يحلَّ نجمان .

(١) أخرجه ابن حزم ، في : كتاب الكِتابَةِ . المحلى ٢٩٢/١٠ .

(٢ - ٣) في الأصل : « فإنِ اختار » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) في م : « ونجم » .

(٥) في الأصل : « توقف » .

الشرح الكبير

ما داما ثابتين على العقد الأول . وإن أجله به ثم بدا له الرجوع ، فله ذلك ؛ لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل ، كالقرض . وإن اختار السيد فسخ كتابته وردّه إلى الرّق ، فله ذلك ، بغير حضور حاكم ولا سلطان ، ولا تلزمه الاستنابة . فعل ذلك ^(١) ابن عمر . وهو قول شريح ، والنخعي ، وأبي حنيفة ، والشافعي . وقال ابن أبي ليلى : لا يكون عجزه إلا عند قاض . وحكى نحوه عن مالك . وقال الحسن : إذا عجز استؤنى ^(٢) بعد العجز سنتين . وقال الأوزاعي : شهرين . ولنا ، ما روى سعيد بإسناده عن ابن عمر ، أنه كاتب عبدا له على ألف دينار ، وعجز عن مائة دينار ، فردّه في الرّق ^(٣) . وبإسناده عن عطية العوفي ، عن ابن عمر ، أنه كاتب عبده على عشرين ألفا ، فأدّى عشرة آلاف ، ثم أتاه ، فقال : إنني طفت العراق والحجاز ، فردّني في الرّق . فردّه . وروى عنه أنه كاتب عبدا له على ثلاثين ألفا ، فقال له : أنا عاجز . فقال له : أمح كتابتك . فقال : أمح أنت ^(٤) .

وهو ظاهر كلام الخرقى . قال القاضي : وهو ظاهر كلام أصحابنا . قال في « الهداية » : وهو اختيار أبي بكر ، والخرقي ، ونصره في « المغني » . وعنه ، لا يعجز حتى يقول : قد عجزت . ذكرها ابن أبي موسى . وروى عنه أنه إن أدّى أكثر مال الكتابة ، لم يُردّ إلى الرّق ، وأتبع بما بقي . وقال في « غيون المسائل » :

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « استؤنى » . واستؤنى : أى انتظر .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٦ .

(٤) وأخرجه البيهقي ، في : باب عجز المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٤١/١٠ . وعبد

الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤٠٧/٨ ، ٤٠٨ .

وروى سعيد ، بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رسول الله ﷺ خطب ، فقال : « أَيُّمَا رَجُلٍ كَاتَبَ غُلَامَهُ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَعَجَزَ عَنْ عَشْرِ أَوَاقٍ ، فَهُوَ رَقِيقٌ » ^(١) . ولأنه عقد عَجَزَ عن عَوْضِهِ ، فَمَلَكَ مُسْتَحِقَّهُ ^(٢) فَنَسَخَهُ ، كَالسَّلَمِ إِذَا تَعَذَّرَ الْمُسْلِمُ فِيهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ كَانَتِ الْكِتَابَةُ لَازِمَةً مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، غَيْرَ لَازِمَةٍ مِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ ؟ قُلْنَا : بَلْ هِيَ لَازِمَةٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ فَنَسْخَهَا ، وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ ، وَيَمْتَنِعَ مِنَ الْكَسْبِ ، وَإِنَّمَا جَازَ لَهُ ذَلِكَ لَوْ جَهَيْنِ : أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ تَنْتَضِمُنْ إِعْتَاقًا بِصِفَةٍ ، وَمَنْ عُلِقَ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ لَمْ يَمْلِكْ إِبْطَالَهَا ، وَيَلْزَمُ وَقُوعُ الْعِتْقِ بِالصِّفَةِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْعَبْدُ الْإِتْيَانُ بِهَا وَلَا الْإِجْبَارُ عَلَيْهَا . الثَّانِي ، أَنَّ الْكِتَابَةَ لِحَظِّ الْعَبْدِ دُونَ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ لَازِمًا ، كَمَنْ ^(٣) أَلْزَمَ نَفْسَهُ حَظًّا غَيْرِهِ ، وَصَاحِبُ الْحَظِّ بِالْخِيَارِ فِيهِ ، كَمَنْ ضَمِنَ لْغَيْرِهِ شَيْئًا أَوْ كَفَلَ لَهُ أَوْ رَهَنَ عِنْدَهُ رَهْنًا .

ليس له الفسخ قبل حلول نجم ولا بعده ، مع قُدْرَةِ الْعَبْدِ عَلَى الْأَدَاءِ ، كَالْبَيْعِ . وقال في « التَّرْغِيبِ » : إِنْ غَابَ الْعَبْدُ بِلَا إِذْنِ سَيِّدِهِ ، لَمْ يَنْفَسَخْ ، وَيَرْفَعُ الْأَمْرُ إِلَى حَاكِمِ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ فِيهِ ؛ لِأَمْرِهِ بِالْأَدَاءِ أَوْ يُثْبِتَ عَجْزَهُ ، فَحِينَئِذٍ يَمْلِكُ الْفَسْخُ . وَقَالَ فِي « الرِّعَايَةِ » أَيْضًا ، وَقَالَ : وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَتَّفَقَا ، فَسَخَّهَا الْحَاكِمُ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، يَلْزَمُهُ إِنْظَارُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . قَالَ الْأَصْحَابُ ، كَيْتَعِ عَرْضٍ . وَمِثْلُهُ مَالٌ

(١) تقدم تخريجه في ٣٠٠/٦ .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « لمن » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا حَلَّ النَّجْمُ عَلَى الْمُكَاتَبِ وَمَالُهُ حَاضِرٌ عِنْدَهُ ، طُولِبَ بِهِ ، وَلَمْ يَجْزِ الْفَسْخُ قَبْلَ الطَّلَبِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَالسَّلَمِ بِمُجَرَّدِ وَجُوبِ الدَّفْعِ قَبْلَ الطَّلَبِ . فَإِنْ طُلِبَ مِنْهُ ، فَذَكَرَ أَنَّهُ غَائِبٌ عَنِ الْمَجْلِسِ فِي نَاحِيَةٍ مِنْ نَوَاحِي الْبَلَدِ ، أَوْ قَرِيبٌ مِنْهُ عَلَى مَسَافَةٍ لَا تُقْصَرُ فِيهَا الصَّلَاةُ [٥٧/٦ ظ] يُمَكِّنُ^(١) إِيْخْضَارُهُ قَرِيبًا ، لَمْ يَجْزِ فَسْخُ الْكِتَابَةِ ، وَأُمْهَلَ بِقَدْرِ مَا يَأْتِي بِهِ إِذَا طُلِبَ الْإِمْهَالُ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَسِيرٌ لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَطُلِبَ الْإِمْهَالُ لِيَبِيعَهُ بِجِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أُمْهَلَ . وَإِنْ كَانَ الْمَالُ غَائِبًا أَكْثَرَ مِنْ مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمْ الْإِمْهَالُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ ، أَوْ غَائِبٌ يَرْجُو قُدُومَهُ ،^(٢) اسْتَوْفَى يَوْمَيْنِ وَثَلَاثَةً^(٣) ، لَا أَزِيدُهُ عَلَى ذَلِكَ . لِأَنَّ الثَّلَاثَةَ آخِرُ حَدِّ الْقِلَّةِ وَالْقُرْبِ ؛ لِمَا بَيَّنَّاهُ فِيمَا مَضَى ، وَمَا زَادَ عَلَيْهَا فِي حَدِّ الْكَثْرَةِ^(٤) . وَهَذَا كُلُّهُ قَرِيبٌ بَعْضُهُ مِنْ بَعْضٍ . فَأَمَّا إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى الْأَدَاءِ وَاجِدًا لِمَا يُؤَدِّيهِ ، فَامْتَنَعَ مِنْ أَدَائِهِ ، وَ^(٥) قَالَ : قَدْ عَجَزْتُ . فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ^(٥) أَصْحَابِنَا الْمُتَأَخِّرِينَ : يَمْلِكُ

غَائِبٍ دُونَ مَسَافَةِ قَصْرِ يَرْجُو قُدُومَهُ ، وَدَيْنٌ حَالٌّ عَلَى مِلْيَةٍ وَمُودَعٍ . قَالَ فِي الْفُرُوعِ : وَأُطْلِقَ جَمَاعَةٌ ؛ لَا يَلْزَمُ السَّيِّدُ اسْتِيفَاؤُهُ . قَالَ : فَيَتَوَجَّهُ مِثْلُهُ فِي غَيْرِهِ .

(١) فِي م : « لَمْ يُمْكِن » .

(٢-٣) فِي الْأَصْلِ : « اسْتَوْفَى يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « أَكْثَرُهُ » .

(٤) فِي م : « أَوْ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

السيد الفسخ . وهو الذى ذكره شيخنا فى الكتاب المشروح ، وظاهر كلام الخرقى . وهذا مذهب الشافعى . وقال أبو بكر بن جعفر : ليس له ذلك ، ويُجبر على تسليم العوض . وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والأوزاعى . وقد ذكر ذلك فى كتاب البيع . وفيه رواية أخرى ، أنه إذا قدر على أداء المال كله ، أنه يصير حراً بملك ما يؤدى . وقد ذكرناها .

فصل : فى حل التجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده ، فله الفسخ .
 وإن كان غاب بإذنه ، لم يكن له أن يفسخ ؛ لأنه إذن فى السفر المانع من الأداء ، لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ، ليجعل للسيد فسخ الكتابة . وإن كان قادراً على الأداء ، طالبه بالخروج إلى البلد الذى فيه السيد ليؤدى مال الكتابة ، أو يؤكل من يفعل ذلك ، فإن فعله فى أول حال الإمكان عند خروج القافلة ، إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها ، لم يجز الفسخ ، وإن أخره مع الإمكان ، ومضى زمن المسير ، ثبت للسيد خيار الفسخ ، وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ^(١) عند امتناع المكاتب من الدفع إليه ، جاز ، وله الفسخ إذا ثبتت كآلته ببينة ، بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد ، فإن لم يثبت ذلك ، لم يلزم المكاتب الدفع إليه ، وكان

فائدة : حيث جوزنا له الفسخ ، فإنه لا يحتاج إلى حكم حاكم .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

له عُذْرٌ يَمْنَعُ جَوَازَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ فَيُنْكَرَ السَّيِّدُ وَكَالَّتِهِ وَيَرْجِعَ عَلَى الْمُكَاتَبِ بِالْمَالِ ، وَسَوَاءٌ صَدَّقَهُ فِي أَنَّهُ وَكِيلٌ أَوْ كَذَّبَهُ . فَإِنْ كَتَبَ حَاكِمُ الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ السَّيِّدُ إِلَى حَاكِمِ الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْمُكَاتَبُ لِيَقْبِضَ مِنْهُ الْمَالَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَوْكِيلٌ لَا يَلْزِمُ الْحَاكِمَ الدُّخُولَ فِيهِ ، فَإِنَّ الْحَاكِمَ لَا يُكَلِّفُ الْقَبْضَ لِلْبَالِغِ الرَّشِيدِ ، فَإِنْ اخْتَارَ الْقَبْضَ جَرَى مَجْرَى الْوَكِيلِ ، وَمَتَى قَبِضَ مِنْهُ الْمَالَ عَتَقَ .

٣٠٢٤ - مسألة : (وليس للعبد فسخها بحال) لأنها عقد لازم ، ومقصودها ثبوت الحرية في العبد ، وذلك حق لله تعالى ، فلا يملك العبد فسخه وإن كان له فيه حظ (وعنه ، له ذلك) لأن العقد لحظه ، فملك فسخه ، كالمُرْتَهَنِ لَهُ فَسْخُ الرَّهْنِ دُونَ الرَّاهِنِ ، وَإِنْ اتَّفَقَ هُوَ وَالسَّيِّدُ عَلَى فَسْخِهَا جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، فَجَازَ بَاتِّفَاقِهِمَا ، كَفَسْخِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ .

الإنصاف

قوله : وليس للعبد فسخها . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وعنه ، له ذلك . قال في « الفروع » : وحكى عن الإمام أحمد ، رحمه الله ، للعبد فسخها . قال الزركشي : ووقع في « المقنع » ، و « الكافي » رواية بأن للعبد فسخها . قال : والظاهر أنه وهم ، والذي ينبغي حمل ذلك عليه ، أن له الفسخ إذا امتنع من الأداء ، وهذا كما قال ابن عقيل ، والشيرازي ، وابن البنا : إنها لازمة من جهة السيد ، جائزة من جهة العبد . وفسروا ذلك بأن له الامتناع من الأداء ، فيملك السيد الفسخ . انتهى .

المقنع وَلَوْ زَوْجَ ابْنَتِهِ مِنْ مُكَاتِبِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ . وَيَحْتَمِلُ
الَّا يَنْفَسَخَ حَتَّى يَعْجَزَ .

الشرح الكبير ٣٠٢٥ - مسألة : (ولو زَوْجَ ابْنَتِهِ مِنْ مُكَاتِبِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، انْفَسَخَ
[٥٨/٦ و] النِّكَاحُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَنْفَسَخَ حَتَّى يَعْجَزَ) إِذَا زَوْجَ السَّيِّدِ
ابْنَتَهُ مِنْ مُكَاتِبِهِ بِرِضَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ وَكَانَتْ مِنَ الْوَرَثَةِ ، انْفَسَخَ
النِّكَاحُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ) ؛
لأنَّهَا لَا تَرْتُهُ ، وَإِنَّمَا تَمْلِكُ نَصِييَهَا مِنَ الدِّينِ الَّذِي عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْوَارِثَ
لَوْ أَبْرَأَ الْمُكَاتَبَ مِنَ الدِّينِ عَتَقَ ، وَكَانَ الْوَلَاءُ لِلْمَيِّتِ لَا لِلْوَارِثِ ، فَإِنْ
عَجَزَ وَعَادَ رَقِيقًا فَنَأَى^(١) انْفَسَخَ النِّكَاحُ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَتْ نَصِييَهَا مِنْهُ .
وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهِ ، لَا يَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى
وَرَثَتِهِ ، كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ ، وَلأنَّهَا لَا يَجُوزُ لَهَا ابْتِدَاءُ نِكَاحِهِ ؛ لِأَجْلِ الْمِلْكِ ،
فَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا بِتَجَدُّدِ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالْعَبْدِ الْقَيْنِ . وَأَمَّا كَوْنُ الْوَلَاءِ لِلْمَيِّتِ ،
فَلأنَّ السَّبَبَ وَجَدَّ مِنْهُ ، فَتُسَبَّبُ الْعِتْقُ إِلَيْهِ ، وَثَبَّتَ الْوَلَاءُ لَهُ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ،

الإيضاح فائدة : لو اتَّفَقَا عَلَى فَسْخِهَا ، جَازَ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » وَغَيْرِهِ .
[١٥٢/٣ ط] قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ ، لَا يَجُوزُ ، كَحَقِّ اللَّهِ .

قوله : وَلَوْ زَوْجَ ابْنَتِهِ مِنْ مُكَاتِبِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ . يَعْنِي ، إِذَا كَانَتْ
وَارِثَةً مِنْ أَبِيهَا ، وَكَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الشَّرْحِ »
وَغَيْرِهِ . قَالَ ابْنُ مُنْجَى : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١ - ١) فِي م : « وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَنْفَسَخَ حَتَّى يَعْجَزَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ » .

(٢) فِي م : « قُلْنَا » .

وَيَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ أَنْ يُؤْتِيَهُ رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، إِنْ شَاءَ وَضَعَهُ عَنْهُ ، ^{المفنع}
وَإِنْ شَاءَ قَبَضَهُ ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَيْهِ .

الشرح الكبير

فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَرِثَهُ كُلَّهُ أَوْ تَرِثَ بَعْضُهُ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا مَلَكَتْ مِنْهُ جُزْءًا انْفَسَخَ
النِّكَاحُ فِيهِ ، فَبَطَلَ فِي بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ^(١) . فَإِنْ كَانَتْ لَا تَرِثُ أَبَاهَا
لِمَانِعٍ مِنْ مَوَانِعِ الْمِيرَاثِ ، فَنِكَاحُهَا بَاقٍ بِحَالِهِ . وَالْحُكْمُ فِي سَائِرِ الْوَرَثَةِ
مِنْ النِّسَاءِ كَالْحُكْمِ فِي الْبَنَاتِ . وَكَذَلِكَ لَوْ تَزَوَّجَ رَجُلٌ مُكَاتَبَةً ، فَوَرِثَهَا
أَوْ بَعْضَهَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا ؛ لِذَلِكَ .

٣٠٢٦ - مسألة : (وَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ أَنْ يُؤْتِيَهُ رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ،
إِنْ شَاءَ وَضَعَهُ عَنْهُ ، وَإِنْ شَاءَ قَبَضَهُ ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَيْهِ) الْكَلَامُ فِي الْإِيتَاءِ فِي خَمْسَةِ
فُصُولٍ : وَجُوبِهِ ، وَقَدْرِهِ ، وَجِنْسِهِ ، وَوَقْتِ جَوَازِهِ ، وَوَقْتِ وُجُوبِهِ .

و « الْحَاوِي الصَّغِير » ، و « الْفُرُوع » ، و « الْفَائِق » ، وَغَيْرِهِمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ ^{الإنصاف}
لَا يُنْفَسَخَ حَتَّى يَعْجَزَ .

فائدة : الْحُكْمُ فِي سَائِرِ الْوَرَثَةِ مِنَ النِّسَاءِ ، إِذَا كَانَتْ زَوْجَةً لَهُ ، كَالْحُكْمِ فِي
الْبَنَاتِ . وَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَ رَجُلٌ مُكَاتَبَةً فَوَرِثَهَا أَوْ بَعْضَهَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا . وَيَأْتِي ؛
إِذَا مَلَكَ الْحُرُّ زَوْجَتَهُ أَوْ بَعْضَهَا ، فِي بَابِ الْمُحَرَّمَاتِ فِي النِّكَاحِ .

قوله : وَيَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ أَنْ يُؤْتِيَهُ رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، إِنْ شَاءَ وَضَعَهُ عَنْهُ ، وَإِنْ
شَاءَ قَبَضَهُ ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَيْهِ . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَجُوبُ إِيْتَاءِ الْعَبْدِ رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ،
وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَذَكَرَ فِي « الرَّوْضَةِ » رِوَايَةً ،

(١) فِي م : « يَنْجَز » .

الفصل الأول : أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ إِيتَاءُ الْمُكَاتَبِ شَيْئًا مِمَّا كُتِبَ عَلَيْهِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ بُرَيْدَةُ ، وَالْحَسَنُ ، وَالتَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ بِوَاجِبٍ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَا يَجِبُ فِيهِ الْإِيتَاءُ ، كَسَائِرِ عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ ^(١) . وَظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ . قَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : ضَعُوا عَنْهُمْ ^(٢) رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ^(٣) . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : ضَعُوا عَنْهُمْ مِنْ مُكَاتَبَتِهِمْ ^(٤) شَيْئًا ^(٥) . وَتَفَارِقُ الْكِتَابَةُ سَائِرَ الْعُقُودِ ، فَإِنَّ الْقَصْدَ بِهَا رِفْقُ الْعَبْدِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ يَسْتَحِقُّ بِهَا الْوَلَاءَ عَلَى الْعَبْدِ مَعَ الْمُعَاوَضَةِ ، فَكَذَلِكَ يَجِبُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْعَبْدُ عَلَى السَّيِّدِ شَيْئًا . فَإِنْ قِيلَ : الْمُرَادُ بِالْإِيتَاءِ إِعْطَاؤُهُ سَهْمًا مِنَ الصَّدَقَةِ ، وَالتَّنْذُبُ إِلَى التَّصَدُّقِ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ وَاجِبًا ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْعَقْدَ يُوجِبُ الْعَوَضَ عَلَيْهِ ، فَكَيْفَ يَقْتَضِي إِسْقَاطَ شَيْءٍ مِنْهُ ؟ قُلْنَا : أَمَّا الْأَوَّلُ ، فَإِنَّ عَلِيًّا ، وَابْنَ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ

وقدَّمها ؛ أَنَّهُ لَا يَجِبُ ، وَأَنَّ الْأَمْرَ فِي الْآيَةِ ^(١) لِلْإِسْتِحْبَابِ . وَظَاهِرُ « مُخْتَصَرِ ابْنِ رَزِينٍ » ، أَنَّ فِيهِ خِلَافًا ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : وَعَنْهُ ، يَعْتَقُ بِمِلْكِ ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِهَا ، إِنْ

(١) سورة النور ٣٣ .

(٢) فِي م : « عَنْهُ » .

(٣) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٨/٣٧٥ ، ٣٧٦ . وَابْنُ أَبِي حَتْمٍ ، فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/٣٢٩ مَرْفُوعًا وَمَوْقُوفًا .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « كِتَابَتِهِمْ » .

(٥) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي حَتْمٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِنْ مَّالِ اللَّهِ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ .

السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/٣٣٠ .

عنهما ، فسَراه بما ذكرناه ، وهما أعلمُ بتأويلِ القرآنِ ، وَحَمَلَ الأمرُ على التَّذَبُّبِ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الأمرِ ، فلا يُصارُ إليه إِلَّا بدليلٍ . وقولهم : إنَّ العَقْدَ يُوجِبُ عليه ، فلا يَسْقُطُ عنه . قلنا : إِنَّمَا يَجِبُ الرِّفْقُ به عندَ آخرِ كِتَابَتِهِ ، ^(١) (رفقا به) ، ومواساةً له ، وشكراً لِنِعْمَةِ اللَّهِ تعالى ، كما تَجِبُ الزَّكَاةُ مُواساةً مِنَ النِّعْمَةِ الَّتِي أَنْعَمَ اللَّهُ تعالى بها على عَبْدِهِ . ولأنَّ العَبْدَ وَلِيَ جَمْعٍ ^(٢) هذا المالِ [٥٨/٦ ظ] وَتَعَبَ فِيهِ فَاقْتَضَى الحالُ مُواساةً منه ، كما أمرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإِطْعَامِ عَبْدِهِ مِنَ الطَّعَامِ الَّذِي وَلِيَ حَرَّهُ وَدُخَانَهُ ^(٣) . واختَصَّ هذا بالوَجُوبِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعُونَةً عَلَى الْعِتْقِ ، وإِعَانَةً لِمَنْ يَحِقُّ عَلَى اللَّهِ تعالى عَوْنُهُ ، فَإِنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ حَقٌّ عَلَى اللَّهِ

لَزِمَ إِيْتَاءُ الرَّبْعِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : قُلْتُ : وَفِي وَجُوبِهِ نَظَرٌ ؛ لِلْاِخْتِلَافِ فِي مَذْلُولِ الْآيَةِ وَفِي التَّقْدِيرِ . انْتَهَى . قُلْتُ : ظَاهِرُ الْآيَةِ وَجُوبُ الْإِيْتَاءِ ، لَكِنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُقَدَّرٍ ، فَأَيُّ شَيْءٍ أُعْطَاهُ ، فَقَدْ سَقَطَ الْوُجُوبُ عَنْهُ وَامْتَثَلَ ، وَقَدْ فَسَّرَهَا ابْنُ عَبَّاسٍ ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « جميع » .

(٣) أخرجه البخارى ، في : باب الأكل مع الخادم . من كتاب الأطعمة ، صحيح البخارى ١٠٦/٧ . ومسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الخادم يأكل مع المولى ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٣٢٨/٢ ، ٣٢٩ . والترمذى ، في : باب ما جاء في الأكل مع المملوك والعيال ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٤٤/٨ . وابن ماجه ، في : باب إذا أتاه خادمه بطعامه فليناولها منه ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ١٠٩٤/٢ . والدارمى ، في : باب في إكرام الخادم عند الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ١٠٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٢٤٥ ، ٢٥٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٣ ، ٢٩٩ ، ٣١٦ ، ٤٠٦ ، ٤٠٩ ، ٤٣٠ ، ٤٦٤ ، ٤٧٣ .

تَعَالَى عَوْنُهُمْ ؛ الْمُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْمُكَاتِبُ الَّذِي يُرِيدُ الْأَدَاءَ ،
وَالنَّاكِحُ الَّذِي يُرِيدُ الْعَفَافَ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(١) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ .

الفصل الثاني : فِي قَدَرِهِ ، وَهُوَ الرَّبْعُ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَأَبُو بَكْرٍ ،
وغيرُهُمَا مِنْ أَصْحَابِنَا . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ قَتَادَةُ :
الْعُشْرُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : يُجْزَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ . وَهُوَ
قَوْلُ مَالِكٍ ، إِلَّا أَنَّهُ عِنْدَهُ مُسْتَحَبٌّ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ
اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ . وَ « مِنْ » لِلتَّبْعِيضِ ، وَالْقَلِيلُ بَعْضٌ ، فَيُكْتَفَى بِهِ .
وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : ضَعُوا عَنْهُمْ مِنْ مُكَاتِبَتِهِمْ شَيْئًا . وَلأنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ
الْمُكَاتِبَ لَا يَغْتَنِقُ حَتَّى يُودَى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ ، بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَلَوْ
وَجَبَ إِيْتَاؤُهُ الرَّبْعَ ، لَوَجَبَ أَنْ يَغْتَنِقَ إِذَا أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْكِتَابَةِ ،
وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَدَاءُ مَا لِيَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ كَاتَبَ
عَبْدًا لَهُ عَلَى خَمْسَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفًا ، فَأَخَذَ مِنْهُ ثَلَاثِينَ ، وَتَرَكَ لَهُ خَمْسَةً^(٢) .
وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو بَكْرٍ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ :

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، بِذَلِكَ . هَذَا مَا لَمْ يَصِحَّ الْحَدِيثُ^(٣) ، فَإِنَّ صَحَّ الْحَدِيثَ ، فَلَا
كَلَامَ .

(١) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْمُجَاهِدِ وَالنَّاكِحِ وَالْمُكَاتِبِ ... ، مِنْ أَبْوَابِ فُضَائِلِ الْجِهَادِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٥٧/٧ .
كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مَعُونَةِ اللَّهِ النَّكَاحَ الَّذِي يُرِيدُ الْعَفَافَ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٥٠/٦ . وَابْنُ
مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْمُكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٨٤٢/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٥١/٢ ،
٤٣٧ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٣٠/١٠ .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٥٠ .

الشرح الكبير

﴿وَعَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَكُمْ﴾ . قال : « رُبْعُ الْمُكَاتَبَةِ ^(١) » ^(٢) . ورُوي مَوْقُوفًا عَلَى ^(٣) عَلَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَلأنَّهُ مَالٌ يَجِبُ إِيْتَاؤُهُ مُوَاسَاةً بِالْشَّرْعِ ، فَكَانَ مُقَدَّرًا ، كَالزَّكَاةِ ، وَلأنَّ حِكْمَةَ إِيْجَابِهِ الرِّفْقُ بِالْمُكَاتَبِ وَإِعَانَتُهُ عَلَى تَحْصِيلِ الْعِتْقِ ، وَهَذَا لَا يَحْصُلُ بِالْيَسِيرِ الَّذِي هُوَ أَقْلُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْوَاجِبُ ، وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿وَعَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَكُمْ﴾ . إِذَا وَرَدَ غَيْرُ مُقَدَّرٍ فِيهِ ، فَإِنَّ السَّنَةَ يَبَيِّنُهُ وَقَدَّرَتْهُ ، كَالزَّكَاةِ .

الفصل الثالث : فِي جِنْسِهِ ، إِنْ قَبِضَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، ثُمَّ أَعْطَاهُ مِنْهُ ، أَجْزَأُ ؛ لِأَنَّ الْآيَةَ تَقْتَضِيهِ . وَإِنْ وَضَعَ عَنْهُ مِمَّا وَجَبَ عَلَيْهِ جَازٍ ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَسَّرُوا الْآيَةَ بِذَلِكَ ، وَلأنَّهُ أُبْلِغُ فِي النَّفْعِ ، وَأَعَوَّنُ عَلَى حُصُولِ الْعِتْقِ ، فَيَكُونُ أَفْضَلُ مِنَ الْإِيْتَاءِ ، وَتَدُلُّ الْآيَةُ عَلَيْهِ مِنْ طَرِيقِ التَّنْبِيهِ . وَإِنْ أَعْطَاهُ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ مِنْ غَيْرِهِ جَازٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَ الْمُكَاتَبُ قَبُولُهُ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْإِيْتَاءِ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي الْمَعْنَى بَيْنَ الْإِيْتَاءِ مِنْهُ وَالْإِيْتَاءِ

فائدة : إِنْ أَعْطَاهُ السَّيِّدُ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ، عَلَى الصَّحِيحِ الْإِنْصَافِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا إِذَا كَانَ مِنْهَا ؛ لظَاهِرِ الْآيَةِ . وَإِنْ أَعْطَاهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهَا ؛ مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى دَرَاهِمَ فَيُعْطِيَهُ دَنَانِيرَ أَوْ عُرُوصًا ، لَمْ يَلْزَمَهُ قَبُولُهُ ، عَلَى

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْكِتَابَةُ » .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٥٠ .

(٣) فِي م : « عَنْ » .

الشرح الكبير من غيره ، إذا كان من جنسه ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَسَاوَىَا فِي الْإِجْزَاءِ ، كَالزَّكَاةِ ، وغيرُ الْمَنْصُوصِ إذا كان في مَعْنَاهُ الْحَقُّ به ، ولذلك جاز الحَطُّ عنه ، وليس هو بإيتاءٍ ، لَمَّا كان في مَعْنَاهُ . وإن آتاه من غير جنسه ، مثل أن يُكَاتِبَهُ عَلَى دَرَاهِمَ ، فَيُعْطِيَهُ دَنَانِيرَ أَوْ عُرُوصًا ، لم يَلْزَمَهُ قَبُولُهُ ؛ لَأَنَّهُ لم يُؤْتِهِ منه ولا من جنسه . وَيَحْتَمِلُ اللَّزُومُ ؛ لِحَصُولِ الرَّفْقِ به ، فَإِنْ رَضِيَ الْمُكَاتِبُ بِهَا جازَ .

الفصل الرابع : في وَقْتِ جَوَازِهِ ، وهو من حينِ الْعَقْدِ ؛ «القولِ اللهُ تعالى^(١) : ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَءَاتُوهُمْ﴾ . وذلك يَحْتَاجُ إليه من حينِ الْعَقْدِ ، وكلَّمَا عَجَّلَهُ كان أَفْضَلَ ؛ لَأَنَّهُ يكونُ أَنْفَعَ ، كَالزَّكَاةِ .

الفصل الخامس : في وَقْتِ وُجُوبِهِ ، وهو حينِ الْعِتْقِ ؛ لِأَنَّ الله تعالى أَمَرَ بِإِيْتَائِهِ مِنَ الْمَالِ الَّذِي آتَاهُ ، وَإِذَا آتَى الْمَالَ عَتَقَ ، فَيَجِبُ إِيْتَاؤُهُ حِينَئِذٍ . قال على ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ ، وَالْإِيْتَاءُ مِنَ الثَّانِي^(٢) . فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ إِيْتَائِهِ فَهُوَ دَيْنٌ فِي تَرَكَّتِهِ ؛ لَأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ ، فَهُوَ كَسَائِرِ دُيُونِهِ ، فَإِنْ ضَاقَتِ التَّرَكَّةُ عَنْهُ وَعَنْ غَيْرِهِ مِنَ الدُّيُونِ ، تَحَاصُّوا فِي التَّرَكَّةِ

الإِنصاف الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ . وقيل : يَلْزَمُهُ . وهو اِحْتِمَالٌ فِي « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » . قلتُ : وَالنَّفْسُ تَمِيلُ إِلَى ذَلِكَ .

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٧ .

فَإِنْ أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ مَالِ الْكِتَابَةِ وَعَجَزَ عَنِ الرَّبْعِ ، عَتَقَ ، وَلَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ .

بَقَدَرِ حُقُوقِهِمْ ، وَيُقَدَّمُ عَلَى الْوَصَايَا ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ، وَقَدْ قَضَى النَّبِيُّ ﷺ
أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ^(١) .

٣٠٢٧ - مسألة : (فَإِنْ أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْكِتَابَةِ وَعَجَزَ عَنِ الرَّبْعِ ، عَتَقَ ، وَلَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ ، فَلَا يُرَدُّ إِلَى الرَّقِّ لِعَجْزِهِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ حَقِّ هُوَلِهِ ^(٢) لَا حَقَّ لِلْسَيِّدِ فِيهِ ، فَلَا مَعْنَى لَتَعْجِيزِهِ فِيمَا يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ . وَقَالَ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَعْتَقُ بِقَدَرِ مَا أَدَّى ^(٣) . لَمَّا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا أَصَابَ الْمُكَاتَبُ حَدًّا أَوْ مِيرَاثًا ، وَرِثَ بِحِسَابِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَيُؤَدَّى الْمُكَاتَبُ بِحِصَّةِ مَا أَدَّى دِيَّةَ حُرٍّ ، وَمَا بَقِيَ دِيَّةَ عَبْدٍ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٤) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الشُّطْرَ فَلَا رِقَّ عَلَيْهِ ^(٥) . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ

قَوْلِهِ : وَإِنْ أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمَالِ وَعَجَزَ عَنِ الرَّبْعِ ، عَتَقَ ، وَلَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : قَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ كِتَابَتِهِ وَعَجَزَ عَنِ الرَّبْعِ ، عَتَقَ . قَالَ فِي

(١) تقدم تخريجه في ١٧/١٤٦ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه في ١٨/٣٨١ .

(٤) تقدم تخريجه في ١٨/٣٨١ .

(٥) تقدم تخريجه في ١٨/٣٨١ .

المفنع وَظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُودَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ .

الشرح الكبير

النَّخَعِيُّ . وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ : إِذَا أَدَّى قَدْرَ قِيَمَتِهِ فَهُوَ غَرِيمٌ (وَظَاهِرُ
كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُودَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ) وَرَوَى الْأَثَرُمُ ،
عَنْ عَمْرِو وَابْنِهِ ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ،
وَالزُّهْرِيِّ ، أَنَّهُمْ قَالُوا : الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْهُمْ . وَهُوَ قَوْلُ
الْقَاسِمِ ، وَسَالِمٍ ، وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَقَتَادَةَ ، وَالثَّوْرِيَّ ،
وَابْنَ شُبْرُمَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيَّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ
الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدٌ بِإِسْنَادِهِ ^(١) : ثنا
هُشَيْمٌ ، عَنْ حَجَّاجٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَيُّمَا رَجُلٍ كَاتَبَ غُلَامَهُ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَعَجَزَ
عَنْ عَشْرِ أَوَاقٍ ، فَهُوَ رَقِيقٌ » ^(٢) . وَعَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ
جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْهُمْ » .
رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٣) . وَلَأنَّهُ عِوَضٌ عَنِ الْمُكَاتَبِ ، فَلَا يَعْتَقُ قَبْلَ أَدَائِهِ ،

الإِنصاف

« الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ : إِذَا أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ
الْمَالِ ، وَعَجَزَ عَنِ الرَّبْعِ ، لَمْ يَجُزْ لِلْسَّيِّدِ الْفَسْخُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا
يَعْتَقُ حَتَّى يُودَّى جَمِيعُهَا . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ .
قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : هِيَ الْمَشْهُورَةُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في ٦/٣٠٠ .

(٣) تقدم تخريجه في ٦/٣٠٠ .

كالتقدير المتفق عليه ، ولأنه لو عتق بَعْضُهُ لَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كما لو بَاشَرَهُ بِالْعِتْقِ . فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى مُكَاتَبٍ لِرَجُلٍ مَاتَ وَخَلَفَ ابْنَيْنِ ، فَأَقْرَّ أَحَدَهُمَا بِكِتَابَتِهِ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، فَأَدَّى إِلَى الْمُقِرِّ ، «وَمَا أَشَبَّهَهَا» مِنَ الصُّورِ ، جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ ، وَتَوْفِيقًا بَيْنَهَا وَبَيْنَ [٥٩/٦ ظ] الْقِيَاسِ ، وَلِأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، ^(٢) وَكَانَ عِنْدَهُ ^(٣) مَا يُؤَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبِي مِنْهُ » ^(٤) . دَلِيلٌ عَلَى اعْتِبَارِ جَمِيعِ مَا يُؤَدَّى . وَرَوَى سَعِيدٌ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي قِلَابَةَ قَالَ : كُنَّ - أَزْوَاجُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ - لَا يَحْتَجِبْنَ مِنْ مُكَاتَبٍ ^(٥) مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِينَارٌ ^(٥) . وَيَجُوزُ أَنْ يَتَوَقَّفَ الْعِتْقُ عَلَى أَدَاءِ الْجَمِيعِ وَإِنْ وَجَبَ رَدُّ الْبَعْضِ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِذَا أُدِّيتَ إِلَى فَأَنْتَ حُرٌّ ، وَلِلَّهِ عَلَى رَدِّ رُبْعِهَا إِلَيْكَ . فَإِنَّهُ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدِّيَهَا ، وَإِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ بَعْضِهَا .

« الْكَافِي » . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : وَظَاهِرُ قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ ، عَدَمُ الْعِتْقِ وَمَنْعُ السَّيِّدِ مِنَ الْفَسْخِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ لَفْظُهُ فِي « الْهِدَايَةِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَإِنْ أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمَالِ ، وَعَنَهُ ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ ، وَعَجَزَ عَنِ الْبَاقِي ، لَمْ يَعْتَقْ ، وَلِسَيِّدِهِ فَسْخُهَا فِي أَنْصِ الرُّوَايَتَيْنِ فِيهِمَا . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : وَفِي عِتْقِهِ بِالتَّقَاصِّ رِوَايَتَانِ . وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَجْزَ . قَالَ : وَلَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ مَا أَشَبَّهَهَا » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « فَمَلِكٌ » .

(٣) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي ٣٨٠/١٨ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٢٥/١٠ .

فصلٌ : وَإِذَا كَاتَبَ عَيْدًا [١٩٨ ظ] لَهُ كِتَابَةٌ وَاحِدَةً بِعَوَضٍ

وَاحِدٍ صَحَّ ،

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَإِذَا كَاتَبَ عَيْدًا لَهُ كِتَابَةٌ وَاحِدَةً بِعَوَضٍ وَاحِدٍ صَحَّ) ('وذلك') مثل أن يُكَاتِبَ ثَلَاثَةَ أَعْبَدٍ لَهُ بِأَلْفٍ ، فَيَصِحُّ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ عَطَاءٌ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ مُوسَى ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقُ . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَعَ ثَلَاثَةٍ كَعُقُودِ ثَلَاثَةٍ ، وَعَوَضُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَجْهُوْلٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَوَاحِدٍ صَفْقَةً وَاحِدَةً بِعَوَضٍ وَاحِدٍ . وَلَنَا ،

الإيضاح

بَعْضُ النُّجُومِ ، أَوْ أَذَاهُ إِلَيْهِ ، لَمْ يَعْتَقْ بِهِ عَلَى الْأَصَحِّ . وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَلَى سَيِّدِهِ مِثْلُ النُّجُومِ ، عَتَقَ عَلَى الْأَصَحِّ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَوْ أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ وَعَجَزَ عَنْ رُبُعِهِ ، لَمْ يَعْتَقْ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي : يَعْتَقُ ، وَلِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : لَا . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : فَإِنْ أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ وَعَجَزَ عَنْ رُبُعِهِ ، لَمْ يَعْتَقْ فِي الْأَصَحِّ ، وَلِسَيِّدِهِ الْفَسْخُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : لَا . وَقَالَ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : فَإِنْ أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ وَعَجَزَ عَنْ رُبُعِهِ ، لَمْ يَعْتَقْ فِي الْأَصَحِّ ، وَلِسَيِّدِهِ الْفَسْخُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَمْ يَجُزْ لِلْسَّيِّدِ الْفَسْخُ . وَصَحَّحَ فِي « النَّظْمِ » أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ ، وَيَمْلِكُ الْفَسْخُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَمْلِكُ .

قوله : وَإِنْ كَاتَبَ عَيْدًا لَهُ كِتَابَةٌ وَاحِدَةً بِعَوَضٍ وَاحِدٍ ، صَحَّ ، وَيُقَسَّطُ الْعَوَضُ

وَيُقَسَّطُ الْعَوَضُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمْ ، وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْمُقَنَّعِ مَكَاتِبًا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، يَعْتَقُ بِأَدَائِهَا ، وَيَعْجِزُ بِالْعَجْزِ عَنْهَا وَحْدَهُ .

الشرح الكبير

أَنَّ جُمْلَةَ الْعَوَضِ مَعْلُومَةٌ ، وَإِنَّمَا جُهِلَ تَفْصِيلُهُ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ الْعَقْدِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُمْ لَوَاحِدٍ . وَعَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ : إِنَّ الْعَوَضَ يَكُونُ بَيْنَهُمْ عَلَى السَّوَاءِ . فَقَدْ عَلِمَ أَيْضًا تَفْصِيلُ الْعَوَضِ ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثٌ ، وَكَذَا يَقُولُ فِيمَا لَوْ بَاعَهُمْ لِثَلَاثَةٍ .

٣٠٢٨ - (١) مسألة : (وَيُقَسَّطُ الْعَوَضُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمْ ، وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَكَاتِبًا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، يَعْتَقُ بِأَدَائِهَا ، وَيَعْجِزُ بِالْعَجْزِ عَنْهَا وَحْدَهُ) (١) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، (٢) فَإِنَّ كُلَّ (٢) وَاحِدٍ مِنْهُمْ (٣) مَكَاتِبٌ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْأَلْفِ ، يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمْ حِينَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْمُعَاوَضَةِ وَزَوَالِ سُلْطَانِ السَّيِّدِ عَنْهُمْ ، فَإِذَا أَدَّاهُ عَتَقَ . وَهَذَا قَوْلُ عَطَاءٍ ،

بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمْ - يَوْمَ الْعَقْدِ - وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَكَاتِبًا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، يَعْتَقُ بِأَدَائِهَا ، وَيَعْجِزُ بِالْعَجْزِ عَنْهَا وَحْدَهُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » : اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في م : « فكل » .

(٣) سقط من : الأصل .

المقنع وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : الْعَوَضُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، وَلَا يَعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ حَتَّى تُؤَدَّى جَمِيعُ الْكِتَابَةِ .

الشرح الكبير وسليمان بن موسى ، والحسن بن صالح ، والشافعي ، وإسحاق .
(وقال أبو بكر) عبد العزيز : يَتَوَجَّهُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَوْلُ آخَرٍ ، أَنَّ (الْعَوَضَ بَيْنَهُمْ) عَلَى عَدَدٍ ^(١) رُعُوسِهِمْ ، فَيَتَسَاوُونَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَضْيَفَ إِلَيْهِمْ إِضَافَةً وَاحِدَةً ، فَكَانَ بَيْنَهُمُ بِالسَّوِيَّةِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَلَهُمْ بِشَيْءٍ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا عَوَضٌ ، فَيَتَقَسَّطُ عَلَى الْمُعَوَّضِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شِقْصًا وَسَيْفًا ، وَكَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَرَدَّ وَاحِدًا مِنْهُمْ بَعِيْبٍ ، أَوْ تَلَفَ أَحَدُهُمْ وَرَدَّ الْآخَرَ . وَيُخَالِفُ الْإِقْرَارُ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَوَضٍ . إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، فَأَيُّهُمْ أَدَّى حِصَّتَهُ عَتَقَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : (لَا يَعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ حَتَّى تُؤَدَّى جَمِيعُ الْكِتَابَةِ) وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَحُكِيَ عَنْهُ ،

الإنصاف وقالوا : هَذَا أَصَحُّ . قَالَ ابْنُ مُنَجِّجٍ فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : الْعَوَضُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، [١٥٢/٣] وَلَا يَعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ حَتَّى تُؤَدَّى جَمِيعُ الْكِتَابَةِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّلَاثَةِ عَشْرَةَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : وَنَقَلَ مُهَنَّأٌ مَا يَشْهَدُ لَذَلِكَ . وَذَكَرَ الْاِخْتِلَافَ فِي مَا أَخَذَ هَذَا الْقَوْلَ .

فائدة : لَوْ شَرَطَ عَلَيْهِمْ فِي الْعَقْدِ ضَمَانَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَنِ الْبَاقِينَ ، فَسَدَ الشَّرْطُ وَصَحَّ الْعَقْدُ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » . وَعَنْهُ ، صِحَّةُ الشَّرْطِ أَيْضًا . ذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ . وَخَرَّجَهُ ابْنُ حَامِدٍ وَجْهًا ؛ بِنَاءً عَلَى

(١) فِي الْأَصْلِ : « قَدَر » .

أنه^(١) إذا امتنع أحدهم عن^(٢) الكسب مع القذرة عليه أجبر عليه الباقون . واختجوا بأن الكتابة واحدة ؛ بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقي ، ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة ، كما لو كان المكاتب واحدا . وقال أبو حنيفة : إن لم يقل لهم السيد : إن أدبتم عتقتم . فأبهم أدى بحصته عتق ، وإن [٦٠/٦] أدى^(٣) جميعها ، عتقوا كلهم ، ولم يرجع على صاحبه بشيء . وإن قال لهم : إن أدبتم عتقتم . لم يعتق واحد منهم حتى يؤدى الكتابة كلها ، ويكون بعضهم حميلا عن بعض ، يأخذ أيهم شاء بالمال ، وأيهم أداها عتقوا كلهم ، ويرجع على صاحبه بحصتهما . ولنا ، أنه عقد معاوضة مع ثلاثة ، فيبرأ كل واحد منهم بأداء حصته ، كما لو اشتروا عبدا^(٤) ، وكما لو لم يقل لهم : إن أدبتم عتقتم . على أى حنيفة ، فإن قوله ذلك لا يؤثر ؛ لأن استحقاق العتق بأداء العوض ، لا بهذا القول ، بدليل أنه يعتق بالأداء بدون هذا القول ، ولم يثبت كون هذا القول مانعا من العتق . وقوله : إن هذا العقد كتابة واحدة . ممنوع ، فإن العقد مع جماعة عقود ، بدليل البيع . ولا يصح القياس

الروائين في ضمان الحر مال الكتابة ، على ما تقدم في باب الضمان . ويذكرون الإنصاف المسألة هنا كثيرا .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « من » .

(٣) في م : « أدوا » .

(٤) في م : « عبيدا » .

على كتابة الواحد ؛ لأن ما قدره في مُقابَلَةِ عِتْقِهِ ، وههنا في مُقابَلَةِ عِتْقِهِ ما^(١) يَخُصُّهُ ، فافترقا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنه إن شَرَطَ عليهم في العَقْدِ أَنَّ كُلَّ واحدٍ منهم ضامنٌ عن^(٢) الباقيين ، فَسَدَ الشَّرْطُ ، والعَقْدُ صَحِيحٌ . وقال أبو الخطَّابِ : فيه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ . وَخَرَّجَهُ ابنُ حامِدٍ وَجْهًا ، بناءً على الرِّوَايَتَيْنِ في ضَمَانِ الحُرِّ لِمَالِ الكِتَابَةِ . وقال الشافعيُّ : العَقْدُ والشَّرْطُ فَاسِدَانِ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ فَاسِدٌ ، ولا يُمَكِّنُ تَصْحِيحُ العَقْدِ بَدْوَنِهِ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ إِنَّمَا رَضِيَ بالعَقْدِ بهذا الشَّرْطِ ، فإذا لم يَثْبُتْ لم يَكُنْ راضِيًا بالعَقْدِ ، وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةٌ : العَقْدُ والشَّرْطُ صَحِيحَانِ ؛ لأنَّهُ مِنْ مُقْتَضَى العَقْدِ عِنْدَهُمَا . ولنا ، أَنَّ مَالَ الكِتَابَةِ ليس بِلَازِمٍ ، ولا مَالُهُ إِلَى اللُّزُومِ ، فلم يَصِحَّ ضَمَانُهُ ، كما لو جَعَلَ المَالَ صِفَةً مَجْرَدَةً فِي العِتْقِ ، فقال : إن أدَّيْتُ إِلَى أَلْفَا فَأَنْتَ حُرٌّ . ولأنَّ الضَّامِنَ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ^(٣) «مِمَّا يَلْزَمُ» المَصْضُمُونَ عَنْهُ ، ومَالُ الكِتَابَةِ لَا يَلْزَمُ الْمُكَاتَبَ ، فلا يَلْزَمُ الضَّامِنَ ، ولأنَّ الضَّمانَ تَبَرُّعٌ ، وليس لِلْمُكَاتَبِ التَّبَرُّعُ ، ولأنَّهُ لَا يَمْلِكُ الضَّمانَ عَنْ حُرٍّ ، ولا عَمَّنْ ليس معه في الكِتَابَةِ ، فكذلك مَنْ معه . وأَمَّا العَقْدُ فَصَحِيحٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الكِتَابَةَ لَا تَفْسُدُ بِفَسَادِ الشَّرْطِ ، بِدَلِيلِ خَبَرِ بَرِيرَةَ^(٤) ، «وَسَنَدُكُرُهُ فِيمَا بَعْدُ ، إن شاء الله» .

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) في م : « من » .

(٣) تقدم تخريجه في ٢٣٤/١١ ، ٢٣٥ .

(٤ - ٤) سقط من : م .

فصل : إذا مات بعض المُكَاتِبِينَ سَقَطَ قَدْرُ حِصَّتِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحَدُ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ أُعْتِقَ بَعْضُهُمْ . وَعَنْ مَالِكٍ ، إِنْ أُعْتِقَ السَّيِّدُ أَحَدَهُمْ ، وَكَانَ مُكْتَسِبًا ، ^(١) « لَمْ يَنْفُذْ » عِتْقُهُ ؛ ^(٢) « لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْبَاقِينَ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكْتَسِبًا نَفَذَ ^(٣) عِتْقُهُ » ، لَعَدَمِ الضَّرَرِ فِيهِ . وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ مَالِ الْكُتَابَةِ ، وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ فِيهِ .

فصل : فَإِنْ أَدَّى أَحَدُ الْمُكَاتِبِينَ عَنْ صَاحِبِهِ ، أَوْ عَنْ مُكَاتِبٍ آخَرَ ، قَبْلَ أَدَاءِ مَا عَلَيْهِ ، بِغَيْرِ عِلْمِ سَيِّدِهِ ، لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ ، وَلَيْسَ لَهُ التَّبَرُّعُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ عَلَيْهِ ^(٤) نَجْمٌ صَرَفَ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ . وَإِنْ عِلِمَ السَّيِّدُ بِذَلِكَ وَرَضِيَ بِقَبْضِهِ عَنِ الْآخَرِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ ^(٥) لَهُ رَاضِيًا مَعَ الْعِلْمِ دَلِيلٌ عَلَى الْإِذْنِ فِيهِ ، فَجَاز ، كَمَا لَوْ أَذِنَ فِيهِ صَرِيحًا . وَإِنْ كَانَ الْأَدَاءُ بَعْدَ أَنْ عَتَقَ ، [٦٠ / ٦ ط] صَحَّ ، سَوَاءً عِلِمَ السَّيِّدُ ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . فَإِنْ أَرَادَ الرُّجُوعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ ، وَكَانَ قَدْ قَصَدَ التَّبَرُّعَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ . وَإِنْ أَدَاهُ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ بِإِذْنِ الْمُؤَدِّي عَنْهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَرْضٌ . وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ عَلَيْهِ بِأَدَاءِ مَا لَا يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ تَصَدَّقَ عَنْهُ صَدَقَةٌ تَطَوُّعًا . وَهَذَا فَارَقَ

(١ - ١) فِي م : « نَفَذَ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « بَعْدَ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

المقنع وَإِذَا اخْتَلَفُوا بَعْدَ الْأَدَاءِ فِي قَدْرِ مَا آدَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَدَّعِي أَدَاءَ قَدْرِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير سائر الديون . وإن كان بإذنه ، وطلب استيفاءه ، قُدِّمَ على أداء مال الكتابة ، كسائر الديون . وإن عجزَ عن أدائه فحُكِّمَ حكمُ سائر الديون . وهذا كله مذهب الشافعي .

٣٠٢٩ - مسألة : (وإن اختلفوا بعد الأداء في قدر ما أدى كل واحد منهم ، فالقول قول مَنْ يدَّعي أداء قدر الواجب عليه) وهذا إذا أدوا وعتقوا ، فقال مَنْ كَثُرَتْ قِيمَتُهُ : أدَّينا على قدر قِيمَتِنَا . وقال الآخر^(١) :

الإِنصاف قوله : وإن اختلفوا بعد الأداء في قدر ما أدى كل واحد منهم ، فالقول قول مَنْ يدَّعي أداء قدر الواجب عليه . جزم به في « الفروع » ، و « النظم » . قال الشارح : هذا إذا أدوا وعتقوا ، فقال مَنْ كَثُرَتْ قِيمَتُهُ : أدَّينا على قدر قِيمَتِنَا . وقال الآخر : أدَّينا على السواء ، فَبَقِيَ لَنَا عَلَى الْأَكْثَرِ قِيمَةُ بَقِيَّةٍ . فَمَنْ جَعَلَ الْعَوَضَ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، قال : القول قول مَنْ يدَّعي التَّسْوِيَةَ . وَمَنْ جَعَلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ قَدْرَ حِصَّتِهِ ، فعنده وجهان ؛ أحدهما ، القول قول مَنْ يدَّعي التَّسْوِيَةَ . والثاني ، القول قول مَنْ يدَّعي أداء قدر الواجب عليه . وجزم بهذا القول في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الحاوي الصَّغِير » ، و « النظم » . وأطلق الوجهين في « الرُّعَايَتَيْن » ، و « الفائق » ، وقالوا : وقيل : يُصَدَّقُ مَنْ ادَّعى أداء ما عليه ، إذا أنكر ما زاد .

(١) في الأصل : « الآخران » .

الشرح الكبير

بل أدبنا على السواء ، فَبَقِيَتْ لَنَا عَلَى الْأَكْثَرِ بَقِيَّةٌ . فَمَنْ جَعَلَ الْعَوَضَ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، قَالَ : الْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَدْعَى التَّسْوِيَةَ . وَمَنْ جَعَلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ قَدْرَ حِصَّتِهِ ، فَعِنْدَهُ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَدْعَى التَّسْوِيَةَ ؛ لِأَنَّ أَيْدِيَهُمْ عَلَى الْمَالِ ، فَيَتَسَاوَوْنَ فِيهِ . وَالثَّانِي ، قَوْلٌ مَنْ يَدْعَى أَدَاءَ قَدْرِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُؤَدِّي إِلَّا مَا عَلَيْهِ .

فصل : فَإِنْ جَنَى بَعْضُهُمْ ، فَجِنَايَتُهُ عَلَيْهِ دُونَ صَاحِبِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يُؤَدُّونَ كُلُّهُمْ أَرْضَهُ ، فَإِنْ عَجَزُوا رَقُوا . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ^(١) . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَجْنِي جَانٍ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ » ^(٢) . وَلِأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَكَ رَجُلَانِ وَتَعَاقَدَا ، لَمْ يَحْمِلْ أَحَدُهُمَا جِنَايَةَ صَاحِبِهِ ، فَكَذَاهُمَا ، وَلِأَنَّ مَا لَا يَصِحُّ ، لَا يَتَضَمَّنُهُ عَقْدُ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى أَحَدِهِمَا بِفِعْلِ الْآخَرِ ، كَالْقِصَاصِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتَبٌ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، فَهُوَ كَالْمُنْفَرِدِ بِعَقْدِهِ .

فصل : إِذَا شَرَطَ الْمُكَاتَبُ فِي كِتَابَتِهِ أَنْ يُؤَالِيَ مَنْ شَاءَ ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ، لَا نَعْلَمُ فِي بُطْلَانِ الشَّرْطِ خِلَافًا ؛ لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ : كَانَتْ فِي بَرِيرَةَ ثَلَاثُ قَضِيَّاتٍ ، أَرَادَ أَهْلُهَا أَنْ يَبِيعُوهَا وَيَشْتَرِطُوا الْوَلَاءَ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « اشْتَرِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . فَقَامَ رَسُولُ

الإنصاف

(١) سورة الأنعام ١٦٤ ، والإسراء ١٥ ، وفاطر ١٨ ، والزمر ٧ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣١٤ .

الله ﷺ في الناس ، فحَمِدَ الله وأثنى عليه ، ثم قال : « أَمَّا بَعْدُ ، فَمَا بَالُ أَنْاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ! مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) . وَلِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يَصِحُّ نَقْلُهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَهَبْتَهُ^(٢) . وَقَالَ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . وَلِأَنَّهُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُهُ لغير صَاحِبِهِ ، كَالْقَرَابَةِ ، وَلِأَنَّهُ حُكْمٌ لِلْعِتْقِ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُهُ لغير^(٣) الْمُعْتَقِ ، كَمَا لَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُ حُكْمِ النِّكَاحِ لغير^(٤) النَّكِحِ ، وَلَا [٦١/٦] حُكْمِ الْبَيْعِ لغيرِ الْعَاقِدِ . وَسَوَاءٌ شَرَطَ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ ، أَوْ شَرَطَهُ لِبَائِعِهِ ، أَوْ لِرَجُلٍ آخَرَ بَعِيْنِهِ . وَلَا تَفْسُدُ الْكِتَابَةُ بِهَذَا الشَّرْطِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : تَفْسُدُ بِهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ عِوَضًا مَجْهُولًا . وَيَتَخَرَّجُ لِنَامِثِلِ ذَلِكَ ، بِنَاءً عَلَى الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ بَرِيرَةَ ، فَإِنَّ أَهْلَهَا اشْتَرَطُوا لَهُمُ الْوَلَاءَ ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِشَرَائِهَا مَعَ هَذَا الشَّرْطِ ، وَقَالَ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . وَيُفَارِقُ جِهَالَةَ الْعِوَضِ ، فَإِنَّهُ رُكْنُ الْعَقْدِ ، لَا يُمَكِّنُ تَصْحِيحَ الْعَقْدِ بِدُونِهِ^(٥) ، وَرُبَّمَا أَفْضَتْ جِهَالَتُهُ إِلَى التَّنَازُعِ وَالْاِخْتِلَافِ ، وَهَذَا شَرْطٌ زَائِدٌ ، فَإِذَا حَذَفْنَاهُ بَقِيَ الْعَقْدُ

(١) تقدم تخريجه في ٢٣٤/١١ ، ٢٣٥ .

(٢) تقدم تخريجه في ٤٠١/١٨ .

(٣) في الأصل : « كغير » .

(٤) في م : « إلا به » .

الشرح الكبير

صَحِيحًا بِحَالِهِ . فَإِنْ قِيلَ : الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « اشْتَرَطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ » . أَيْ عَلَيْهِم ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا يَأْمُرُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ ، وَاللَّامُ تُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى « عَلَى » ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾ ^(١) . قُلْنَا : لَا يَصِحُّ ؛ لِثَلَاثَةِ أَوْجُوهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُخَالَفُ وَضْعُ اللَّفْظِ وَالِاسْتِعْمَالُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ أَهْلَ بَرِيرَةَ أَبَوْا هَذَا الشَّرْطَ ، فَكَيْفَ يَأْمُرُهَا النَّبِيُّ ﷺ بِشَرْطٍ لَا يَقْبَلُونَهُ ؟ الثَّلَاثُ ، أَنَّ ثُبُوتَ الْوَلَاءِ لَهَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ مُقْتَضَى الْعِتْقِ وَحُكْمِهِ . وَلِأَنَّ فِي بَعْضِ الْأَلْفَاظِ : « لَا يَمْنَعُكَ ^(٢) » هَذَا الشَّرْطُ مِنْهَا ، ابْتِغَايَ وَأَعْتَقِي . وَإِنَّمَا أَمَرُهَا النَّبِيُّ ﷺ بِالشَّرْطِ تَعْرِيفًا لَنَا أَنَّ وُجُودَ هَذَا الشَّرْطِ كَعَدَمِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَنْقُلُ الْوَلَاءَ عَنِ الْمُعْتَقِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ السَّيِّدُ عَلَى الْمُكَاتَبِ أَنْ يَرِثَهُ دُونَ وَرَثَتِهِ ، أَوْ مُزَاحَمَتَهُمْ فِي مَوَارِيثِهِمْ ، فَهُوَ شَرْطٌ فَاسِدٌ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ ؛ مِنْهُمْ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَأَجَازَ إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ أَنْ يَشْرُطَ شَيْئًا مِنْ مِيرَاثِهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُخَالِفُ كِتَابَ اللَّهِ ، وَكُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَهُوَ بَاطِلٌ ^(٣) بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ . وَرَوَى سَعِيدٌ : ثَنَا هُشَيْمٌ : ثَنَا ^(٤) مَنْصُورٌ ، عَنْ ابْنِ

الإصناف

(١) سورة الإسراء ٧ .

(٢) فِي م « يَمْنَعُكَ » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي م : « عَنْ » .

سِيرِينَ^(١) ، أَنَّ رَجُلًا كَاتَبَ مَمْلُوكَهُ وَاشْتَرَطَ مِيرَاثَهُ ، فَلَمَّا مَاتَ الْمُكَاتَبُ خَاصِمَ وَرَثَتَهُ إِلَى شُرَيْحٍ ، فَقَضَى شُرَيْحٌ بِمِيرَاثِ الْمُكَاتَبِ لَوَرَثَتِهِ ، فَقَالَ الرَّجُلُ : مَا يُغْنِي شَرْطِي مِنْدُ عَشْرِينَ سَنَةً ؟ فَقَالَ شُرَيْحٌ : كِتَابُ اللَّهِ أَنْزَلَهُ عَلَى نَبِيِّهِ قَبْلَ شَرْطِكَ بِخَمْسِينَ سَنَةً^(٢) . وَلَا تَفْسُدُ الْكِتَابَةُ بِهَذَا الشَّرْطِ ، كَالَّذِي قَبْلَهُ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ خِدْمَةً مَعْلُومَةً بَعْدَ الْعِتْقِ جَازَ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَابْنُ شُبْرُومَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالزُّهْرِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَ مِيرَاثَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ يُصَلِّي مِنْ سَبْيِ الْعَرَبِ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِمْ ،^(٣) أَنَّهُمْ يَخْدُمُونَ^(٤) الْخَلِيفَةَ مِنْ بَعْدِي ثَلَاثَ سَنَوَاتٍ^(٥) . وَلِأَنَّهُ اشْتَرَطَ خِدْمَةً فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَهَا قَبْلَ الْعِتْقِ ، وَلِأَنَّهُ شَرَطَ نَفْعًا مَعْلُومًا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَ عَوَضًا مَعْلُومًا ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ؛ فَإِنَّ مُقْتَضَاهُ الْعِتْقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ ، وَهَذَا لَا يُنَافِيهِ .

(١) بعده في م : « بإِسْناده » .

(٢) وأَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الشَّرْطِ عَلَى الْمُكَاتَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . الْمُصَنَّفُ ٣٧٨/٨ . وَذَكَرَهُ وَكِيعٌ ، فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ٣٥٦/٢ .

(٣ - ٣) فِي م : « أَنْ تَخْدُمُوا » .

(٤) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمُصَنَّفِ ٣٨٠/٨ ، ٣٨١ .

وَيَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ بَعْضَ عَبْدِهِ ، فَإِذَا أَدَّى عَتَقَ كُلَّهُ .

فصل : إذا كاتبه على ألفين ، في رأس [٦١/٦ ظ] كل شهر ألف ،
وشرط أن يعتق عند أداء الأول ، صح في قياس المذهب ، ويعتق عند أدائه ؛
لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح ، فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ،
ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه ، كما لو باعه نفسه به .

٣٠٣٠ - مسألة : (وتجزئ كتابة بعض عبده ، فإذا أدى عتق كله)
قاله أبو بكر ؛ لأنها معاوضة ، فصحت في بعضه ، كالبيع ، فإذا أدى
جميع كتابته ، عتق كله ؛ لأنه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره ، فإلى
ملكه أولى . ويجب أن يؤدي إلى سيده مثلي كتابته ؛ لأن نصف كسبه
يستحقه سيده بما فيه من الرق ، ونصفه يؤدي في الكتابة إلا أن يرضى سيده
بتأدية الجميع في الكتابة فيصح ، وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة
وباقية بالسراية .

قوله : ويجوز له أن يكاتب بعض عبده ، فإذا أدى عتق كله . قاله أبو بكر .
الإنصاف
وجزم به في « المعنى » ، و « المحرر » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن
منجي » ، و « الوجيز » ، و « الفائق » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي
الصغير » ، وغيرهم . فإن كان كاتب نصفه ، أدى إلى سيده مثلي كتابته ؛ لأن
نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ، إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع
عن الكتابة ، فيصح .

المنع وَتَجُوزُ كِتَابَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ .

الشرح الكبير

٣٠٣١ - مسألة : (وَتَجُوزُ كِتَابَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ) إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ نِصْفُ عَبْدٍ ، فَكَاتَبَهُ ، صَحَّ ، سَوَاءٌ كَانَ بَاقِيهِ حُرًّا أَوْ مَمْلُوكًا لغيرِهِ ، وَسَوَاءٌ أَذِنَ الشَّرِيكُ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ . وَهَذَا ظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَأَبِي بَكْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَكَمِ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى . وَحُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالْعَبْرِيِّ . وَكَرِهَ الثَّوْرِيُّ وَحَمَّادٌ كِتَابَتَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : إِنْ فَعَلَ رَدَدْتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَقْدَهُ ^(١) ، فَيُضْمَنُ لَشَرِيكِهِ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصَحُّ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ ، وَلَا يَصَحُّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ : الْإِذْنُ فِي ذَلِكَ إِذْنٌ فِي تَأْذِينِ مَالِ الْكِتَابَةِ مِنْ جَمِيعِ كَسْبِهِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْإِذْنُ بِشَيْءٍ مِنْهُ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ : يَكُونُ جَمِيعُهُ مُكَاتَبًا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : إِنْ كَانَ بَاقِيهِ حُرًّا ، صَحَّتْ كِتَابَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ مَلَكًا لَمْ تَصَحَّ ، سَوَاءٌ أَذِنَ فِيهِ الشَّرِيكُ أَمْ لَمْ يَأْذَنْ ؛ لِأَنَّ كِتَابَتَهُ تَقْتَضِي إِطْلَاقَهُ فِي الْكَسْبِ وَالسَّفَرِ ، وَمِلْكُ نِصْفِهِ يَمْنَعُ ذَلِكَ ، وَيَمْنَعُهُ أَخْذَ نَصِيبِهِ مِنَ الصَّدَقَاتِ ؛ لِئَلَّا يَصِيرَ كَسْبًا ، فَيَسْتَحِقَّ سَيِّدُهُ

الإنصاف

قوله : وَتَجُوزُ كِتَابَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَاخْتَارَ فِي « الرَّعَايَةِ » أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ إِذْنِ الشَّرِيكِ إِذَا كَانَ مُعْسِرًا .

(١) فِي م : « بَعْدَهُ » ، وَغَيْرُ وَاضِحَةٍ فِي الْأَصْلِ . وَالثَّبْتُ كَمَا فِي الْمَغْنَى ٥٠٢/١٤ .

نِصْفَهُ ، وَلَأنَّهُ إِذَا أَدَّى عَتَقَ جَمِيعُهُ ، فَيُفْضَى إِلَى أَنْ يُؤَدَّى نِصْفَ كِتَابَتِهِ
ثُمَّ يَعْتَقَ جَمِيعُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى نَصِيْبِهِ ، فَصَحَّ ، كَبِيعُهُ ،
وَلَأنَّهُ مِلْكٌ لَهُ ، يَصِحُّ بَيْعُهُ وَهَبُّهُ ، فَصَحَّتْ كِتَابَتُهُ ، كَمَا لَوْ مَلَكَ جَمِيعَهُ ،
وَلَأنَّهُ يَنْفُذُ إِعْتَاْفَهُ ، فَصَحَّتْ كِتَابَتُهُ ، كَالْعَبْدِ الْكَامِلِ ، وَكَمَا لَوْ كَانَ بَاقِيهِ
حُرًّا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، أَوْ أُذِنَ فِيهِ الشَّرِيْكُ عِنْدَ الْبَاقِيْنَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَقْتَضِي
الْمُسَافَرَةَ وَالْكَسْبَ وَأَخَذَ الصَّدَقَةَ . قُلْنَا : أَمَّا الْمُسَافَرَةُ فَلَيْسَتْ مِنَ
الْمُقْتَضِيَّاتِ الْأَصْلِيَّةِ ، فَوْجُودُ مَانِعٍ مِنْهَا لَا يَمْنَعُ أَصْلَ الْعَقْدِ . وَأَمَّا الْكَسْبُ
وَأَخْذُ الصَّدَقَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ كَسْبُهُ وَأَخْذُهُ الصَّدَقَةَ بِجُزْئِهِ الْمُكَاتَبِ .
وَلَا يَسْتَحِقُّ الشَّرِيْكُ شَيْئًا مِنْهُ ؛ لِأنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ بِالْجُزْءِ الْمُكَاتَبِ ،
وَلَا حَقَّ لِلشَّرِيْكِ فِيهِ ، فَكَذَلِكَ مَا حَصَلَ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَرِثَ شَيْئًا بِجُزْئِهِ
الْحُرِّ . وَأَمَّا الْكَسْبُ ، فَإِنْ هَآيَأَهُ مَالِكٌ نِصْفَهُ ، فَكَسَبَ فِي نَوْبَتِهِ شَيْئًا ،
لَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ أَيضًا ، وَإِنْ لَمْ يُهَآئِهِ ، فَكَسَبَ بِجُمْلَتِهِ شَيْئًا ، كَانَ بَيْنَهُمَا ،
لَهُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْجُزْءِ الْمُكَاتَبِ ، وَلِسَيِّدِهِ [٦٢/٦] الْبَاقِي ؛ لِأنَّهُ كَسَبَهُ
بِجُزْئِهِ الْمَمْلُوكِ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَسَبَ قَبْلَ كِتَابَتِهِ فَقُسِمَ بَيْنَ سَيِّدَيْهِ .
وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنْ يُؤَدَّى بَعْضَ الْكِتَابَةِ فَيَعْتَقَ جَمِيعُهُ . قُلْنَا : يَبْطُلُ
هَذَا بِمَا لَوْ عَلَّقَ عَتَقَ نَصِيْبِهِ عَلَى أَدَاءِ مَالٍ ، فَإِنَّهُ يُؤَدَّى عَوَاضَ الْبَعْضِ وَيَعْتَقُ
الْجَمِيعُ ، عَلَى أَنَّا نَقُولُ : لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ . فَإِنَّ جَمِيعَ
الْكِتَابَةِ هُوَ الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ مَالِكٌ نِصْفَهُ ، وَلَمْ يَنْقُ مِنْهَا شَيْئًا ، فَلَا يَعْتَقُ
حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَهَا ، وَلَأنَّهُ لَا يَعْتَقُ الْجَمِيعَ بِالْأَدَاءِ ، وَإِنَّمَا يَعْتَقُ الْجُزْءَ

فَإِذَا أَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، وَمِثْلُهُ لِسَيِّدِهِ الْآخِرِ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، إِنْ كَانَ الَّذِي كَاتَبَهُ مُوسِرًا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ حِصَّةِ شَرِيكِهِ .

المُكَاتَبُ لَا غَيْرُ ، وَبَاقِيهِ إِنْ كَانَ الْمُكَاتَبُ مُعْسِرًا لَمْ يَعْتَقْ ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا عَتَقَ بِالسَّرَايَةِ لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَلَا يَمْتَنِعُ هَذَا ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ بَعْضُهُ عَتَقَ جَمِيعُهُ ، وَإِذَا جَازَ عَتَقَ جَمِيعَهُ بِاعْتِاقِ بَعْضِهِ بِطَرِيقِ السَّرَايَةِ ، جَازَ ذَلِكَ فِيمَا يَجْرِي مَجْرَى الْعَتَقِ .

٣٠٣٢ - مسألة : (وَإِذَا أَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، وَمِثْلُهُ لِسَيِّدِهِ الْآخِرِ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، إِنْ كَانَ الَّذِي كَاتَبَهُ مُوسِرًا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ حِصَّةِ شَرِيكِهِ) وَجَمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَاتَبَ نَصِيبَهُ لَمْ تَسْرِ الْكِتَابَةُ ، وَلَمْ يَتَّعَدْ الْجُزْءُ^(١) الَّذِي كَاتَبَهُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَمْ تَسْرِ ، كَالْبَيْعِ . وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُؤَدَّى إِلَى مُكَاتَبَتِهِ شَيْئًا حَتَّى يُؤَدَّى إِلَى شَرِيكِهِ مِثْلَهُ ، سَوَاءٌ أَذِنَ الشَّرِيكُ فِي كِتَابَتِهِ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَذِنَ فِي كِتَابَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ بَاقِيًا لَهُ ، هَذَا إِذَا كَانَ الْكَسْبُ بِجَمِيعِهِ^(٢) ، فَإِنْ أَدَّى الْكِتَابَةَ مِنْ جَمِيعِ كَسْبِهِ لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّ

فائدة : قَوْلُهُ : فَإِذَا أَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، وَمِثْلُهُ لِسَيِّدِهِ الْآخِرِ ، عَتَقَ كُلَّهُ . هَذَا صَحِيحٌ ، لَكِنْ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ مِنْ كَسْبِهِ بِقَدْرِ مَا كُوتِبَ مِنْهُ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، يَوْمًا وَيَوْمًا .

(١) بعده في م : « الحر » .

(٢) في م : « لجميعه » .

الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ تَقْتَضِي بَرَاءَتَهُ مِنَ الْعَوَضِ ، وَذَلِكَ لَا يَحْصُلُ
بَدْفَعٍ مَا لَيْسَ لَهُ . وَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِمَا جَمِيعًا عَتَقَ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ نَصْفَهُ يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ ،
فَإِذَا عَتَقَ سَرَى إِلَى سَائِرِهِ إِنْ (١) كَانَ الَّذِي كَاتَبَهُ مُوسِرًا ، وَتَلَزَمَهُ قِيَمَةُ
نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ بَاشَرَهُ بِالْعِتْقِ أَوْ
عَلَّقَ (٢) عِتْقَ نَصِيبِهِ بِصِفَةِ فَعَتَقَ بِهَا . فَأَمَّا إِنْ مَلَكَ الْعَبْدُ (٣) شَيْئًا بِجُزْئِهِ
الْمُكَاتَبِ ، كَمَنْ هَايَأَ سَيِّدُهُ فَكَسَبَ شَيْئًا فِي نَوْبَتِهِ ، أَوْ أُعْطِيَ مِنَ الصَّدَقَةِ
مِنْ سَهْمِ الرِّقَابِ ، فَلَا حَقَّ لِسَيِّدِهِ فِيهِ ، وَلَهُ أَدَاءُ جَمِيعِهِ فِي كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ
(٤) « إِنَّمَا اسْتَحَقَّ » ذَلِكَ بِمَا فِيهِ مِنَ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ النِّصْفَ الْبَاقِيَ بَعْدَ إِعْطَاءِ
الشَّرِيكِ حَقَّهُ . وَلَوْ كَانَ ثُلُثُهُ حُرًّا وَثُلُثُهُ مُكَاتَبًا وَثُلُثُهُ رَقِيقًا ، فَوَرِثَ بِجُزْئِهِ
الْحُرُّ مِيرَاثًا ، وَأَخَذَ بِجُزْئِهِ الْمُكَاتَبِ مِنْ سَهْمِ الرِّقَابِ ، فَلَهُ دَفْعُ ذَلِكَ كُلِّهِ
فِي كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا اسْتَحَقَّ بِجُزْئِهِ الرَّقِيقِ شَيْئًا مِنْهُ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مَا لِكُلِّهِ مِنْهُ
شَيْئًا ، وَإِذَا أَدَّى جَمِيعَ كِتَابَتِهِ عَتَقَ . فَإِنْ كَانَ الَّذِي كَاتَبَهُ مُعْسِرًا لَمْ يَسِرْ
الْعِتْقُ ، وَلَمْ يَتَعَدَّ نَصِيبَهُ ، كَمَا إِذَا وَاجَهَهُ بِالْعِتْقِ ، إِلَّا عَلَى الرُّوَايَةِ الَّتِي نَقُولُ
فِيهَا بِالْإِسْتِسْعَاءِ ، فَإِنَّهُ يُسْتَسْعَى فِي نَصِيبِ الَّذِي لَمْ يُكَاتَبْ ، وَإِنْ كَانَ
مُوسِرًا سَرَى إِلَى بَاقِيهِ .

(١) فِي الْأَصْلِ: « وَإِنْ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ: « عَلَى » .

(٣) سَقَطَ مِنْ: م .

(٤) (٤ - ٤) فِي م: « يَسْتَحَقُّ » .

فَإِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكَ قَبْلَ أَدَائِهِ ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَعَلَيْهِ
 قِيمَةُ نَصِيبِ الْمُكَاتِبِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَسْرَى إِلَى النِّصْفِ
 الْمُكَاتِبِ إِلَّا أَنْ يَعْجَزَ ، فَيَقُومَ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ .

٣٠٣٣ - مسألة : (وَإِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكَ قَبْلَ أَدَائِهِ ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ
 إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ [٦٢/٦ ظ] الْمُكَاتِبِ . وَقَالَ) أَبُو بَكْرٍ
 وَ (الْقَاضِي : لَا يَسْرَى إِلَى النِّصْفِ الْمُكَاتِبِ) لِأَنَّهُ قَدْ انْعَقَدَ لِلْمُكَاتِبِ
 سَبَبُ الْوَلَاءِ ، فَلَا يُجُوزُ إِبْطَالُهُ (إِلَّا أَنْ يَعْجَزَ ، فَيَقُومَ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ) وَقَالَ
 ابْنُ أَبِي لَيْلَى : عَتَقَ الشَّرِيكَ مَوْقُوفٌ حَتَّى يُنْظَرَ مَا يَصْنَعُ فِي الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ
 أَدَّاهَا عَتَقَ ، وَكَانَ الْمُكَاتِبُ ضَامِنًا لِقِيمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَوَلَاؤُهُ كُلَّهُ
 لِلْمُكَاتِبِ ، وَإِنْ عَجَزَ سَرَى عَتَقَ الشَّرِيكَ ، وَضَمِنَ نِصْفَ الْقِيمَةِ
 لِلْمُكَاتِبِ ، وَوَلَاؤُهُ كُلَّهُ لَهُ . وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ ، فَلَا يُجُوزُ كِتَابَتَهُ إِلَّا بِإِذْنِ
 شَرِيكِهِ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ . فَإِنْ كَاتَبَهُ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ ، فَأَعْتَقَ الَّذِي لَمْ يُكَاتِبْ ،
 فَهَلْ يَسْرَى فِي الْحَالِ ، أَوْ يَقِفُ عَلَى الْعَجْزِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَتَقَ

قوله : وَإِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكَ قَبْلَ أَدَائِهِ ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَعَلَيْهِ
 قِيمَةُ نَصِيبِ الْمُكَاتِبِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ . وَاخْتَارَهُ
 الْخِرَقِيُّ ، وَحَكَاهُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ « الرُّوَايَتَيْنِ » عَنْ أَبِي بَكْرٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
 « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
 وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَقَالَ
 الْقَاضِي : لَا يَسْرَى إِلَى نِصْفِ الْمُكَاتِبِ ، إِلَّا أَنْ يَعْجَزَ ، فَيَقُومَ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ ، وَيَسْرَى

الشرح الكبير

لجُزءٍ مِنَ الْعَبْدِ مِنْ مُوسِرٍ غَيْرِ مُحْجُورٍ عَلَيْهِ ، فَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كَالْقَيْنِ .
 وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى إِبْطَالِ الْوَلَاءِ . قُلْنَا : إِذَا كَانَ الْعِتْقُ يُؤْتَرُ فِي إِبْطَالِ
 الْمِلْكِ الثَّابِتِ الَّذِي الْوَلَاءُ مِنْ بَعْضِ آثَارِهِ ، فَلَأَنْ يُؤْتَرُ فِي نَقْلِ الْوَلَاءِ بِمُفْرَدِهِ
 أَوَّلَى ، وَلَأنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ أَوْلَادٌ مِنْ مُعْتَقَةِ قَوْمٍ ، نَقَلَ وَلَاءَهُمْ ^(١) إِلَيْهِ ،
 فَإِذَا نَقَلَ وَلَاءَهُمْ ^(٢) الثَّابِتَ بِإِعْتَاقِ غَيْرِهِمْ ، فَلَأَنْ يَنْقَلَ وَلَاءٌ لَمْ يَثْبُتْ بَعْدُ
 بِإِعْتَاقِ مَنْ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ أَوَّلَى . وَلَأنَّهُ نَقَلَ الْوَلَاءَ ثُمَّ ^(٣) عَمَّنْ لَمْ يَعْرِمْ لَهُ
 عَوَضًا ، فَلَأَنْ يَنْقَلَهُ بِالْعَوَضِ أَوَّلَى . فَانْتَقَالَ ^(٤) الْوَلَاءُ فِي مَوْضِعِ جَرِّ
 الْوَلَاءِ يُنْبِئُهُ عَلَى سِرَايَةِ الْعِتْقِ وَانْتِقَالَ الْوَلَاءِ إِلَى الْمُعْتَقِ ؛ لَكُونِهِ أَوَّلَى مِنْهُ ^(٥)
 مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الْوَلَاءَ ثُمَّ ثَابِتٌ ، وَهَذَا بَعَرَضُ الثَّبُوتِ .
 الثَّانِي ، أَنَّ النَّقْلَ حَصَلَ ثُمَّ بِإِعْتَاقِ غَيْرِهِ ، وَهَهُنَا بِإِعْتَاقِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ
 انْتَقَلَ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَهَهُنَا بِعَوَضٍ .

الْعِتْقُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ أَدَّى كِتَابَتَهُ ،
 عَتَقَ الْبَاقِيَ بِالْكِتَابَةِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يَضْمَنُ لِلشَّرِيكِ نِصْفَ
 قِيمَتِهِ مَكَاتِبًا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ . وَقَدَّمَهُ فِي
 « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .
 وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » . وَعَنهُ ، يَضْمَنُهُ بِالْبَاقِي مِنْ
 كِتَابَتِهِ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : فَعَلَى هَذِهِ يَكُونُ الْوَلَاءُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل : « بانتقال » .

فصل : وإن كان المُعتَقُ مُعْسِراً لم يَسِرْ عِتْقُهُ ، وكان نَصِيْبُهُ حُرّاً ، وباقيهِ على الكِتَابَةِ ، فإن أدَّى عَتَقَ عليهما ، وكان ولاؤُهُ بَيْنَهُما ، وإن عَجَزَ عادِ الجُزْءُ المُكَاتَبُ رَقِيقاً قِئاً ، إلّا على الرّوَايَةِ التي تقولُ : يُسْتَسْعَى العَبْدُ . فَإِنَّهُ يُسْتَسْعَى عِنْدَ عَجْزِهِ فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ ، وَلَا يُسْتَسْعَى فِي حَالِ الكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ سَعَايَةً فِيمَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، فَاسْتُغْنِيَ بِهَا عَنِ السَّعَايَةِ فِيمَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّقْوِيمِ ، فَإِذَا عَجَزَ وَفُسِخَتِ الكِتَابَةُ ، بَطَلَتْ ، وَرَجَعَ إِلَى السَّعَايَةِ فِي الْقِيَمَةِ . (١) وَحَدِيثُ ابْنِ عَمْرٍ حُجَّةٌ لَمَّا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ ، وَهُوَ (٢) مَا رَوَى ابْنُ عَمْرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شَرْكَائِهِ فِي عَبْدٍ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ قَوْمٍ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَأَعْطَى شَرْكَاءَهُ (٣) حِصَصَهُمْ ، وَعَتَقَ جَمِيعَ الْعَبْدِ ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٤) . وَرَوَاهُ مَالِكٌ فِي « الْمَوْطَأِ » عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ . وَهَذَا الْحَدِيثُ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ خَالَفَهُ . وَهَذَا قَوْلُ الْخِرَقِيِّ . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

بَيْنَهُمَا ؛ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَقْدَرٍ مَا عَتَقَ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ الزَّرْكَاشِيُّ . فَكَانَ ابْنُ أَبِي مُوسَى قَالَ : يَعْتَقُ عَلَى مَنْ أَدَّى إِلَيْهِ الْمُكَاتَبُ بِمُقْدَارٍ مَا أَدَّى إِلَيْهِ ، وَيَعْتَقُ الْبَاقِي عَلَى مَنْ أَعْتَقَ ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا بِقَدَرٍ مَا عَتَقَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « وَلَنَا » .

(٢) فِي م : « شَرْكَاءَهُ » .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ١٥/١٥٩ .

وَأِنْ كَاتَبَا عَبْدَهُمَا جَازَ ، سَوَاءٌ كَانَ عَلَى التَّسَاوَى أَوْ التَّفَاضُلِ . ^{المقنع}
وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى إِلَيْهِمَا إِلَّا عَلَى [١٩٩ و] التَّسَاوَى ، فَإِذَا كَمَلَ
أَدَاؤُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْآخَرِ عَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا
دُونَ صَاحِبِهِ لَمْ يَعْتِقْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ الْآخَرِ ، فَيَعْتِقَ . وَيَحْتَمِلُ
إِلَّا يَعْتِقَ .

٣٠٣٤ - مسألة : (وَإِنْ كَاتَبَا عَبْدَهُمَا جَازَ ، سَوَاءٌ كَانَ عَلَى التَّسَاوَى
أَوْ التَّفَاضُلِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى إِلَيْهِمَا إِلَّا عَلَى التَّسَاوَى) إِذَا كَانَ الْعَبْدُ
لرَجُلَيْنِ ، فَكَاتَبَاهُ مَعًا ، سَوَاءٌ تَسَاوَيَا فِي الْعِوَضِ أَوْ اخْتَلَفَا فِيهِ ، وَسَوَاءٌ
اتَّفَقَ نَصِييَاهُمَا [٦٣/٦ و] ^(١) « أَوْ ااخْتَلَفَ » ، وَسَوَاءٌ كَانَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ أَوْ
عَقْدَيْنِ ، صَحَّ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلَ
فِي الْمَالِ مَعَ التَّسَاوَى فِي الْمِلْكِ ، وَلَا التَّسَاوَى فِي الْمَالِ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي
الْمِلْكِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ يَنْتَفِعَ أَحَدُهُمَا بِمَالِ الْآخَرِ ، لِأَنَّهُ إِذَا دَفَعَ

١ . قَوْلُهُ : وَإِنْ كَاتَبَا عَبْدَهُمَا ، جَازَ ؛ سَوَاءٌ كَانَ عَلَى التَّسَاوَى أَوْ التَّفَاضُلِ . وَلَا
يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى إِلَيْهِمَا إِلَّا عَلَى التَّسَاوَى ، فَإِذَا كَمَلَ أَدَاؤُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْآخَرِ ،
عَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، لَمْ يَعْتِقْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ
الْآخَرِ ، فَيَعْتِقَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَعْتِقَ . قَالَ الشَّارِحُ : إِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِأَنْثَيْنِ ، فَكَاتَبَاهُ
مَعًا ؛ سَوَاءٌ تَسَاوَيَا فِي الْعِوَضِ أَوْ ااخْتَلَفَا فِيهِ ، وَسَوَاءٌ اتَّفَقَ نَصِييَاهُمَا فِيهِ أَوْ ااخْتَلَفَا ،
وَسَوَاءٌ كَانَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ أَوْ عَقْدَيْنِ ، صَحَّ . ثُمَّ قَالَ : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَا فِي

(١ - ١) فِي م : « فِيهِ أَوْ ااخْتَلَفَا » .

الشرح الكبير إلى أَحَدِهِمَا^(١) أَكْثَرَ مِنْ قَدَرِ مِلْكِهِ ثُمَّ عَجَزَ ، رَجَعَ عَلَيْهِ الْآخَرُ بِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْقِدُ عَلَى نَصِيْبِهِ عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ ، فَجَاز أَنْ يَخْتَلِفَا فِي الْعَوَضِ ، كَالْبَيْعِ . وَمَا ذَكَرَهُ لَا يَلْزُمُ ؛ لِأَنَّ انْتِفَاعَ أَحَدِهِمَا^(٢) بِمَالِ الْآخَرِ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ الْعَجْزِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ مُقْتَضَيَاتِ الْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ زَوَالِهِ ، فَلَا يَضُرُّ^(٣) . وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُؤَدَّى إِلَيْهِمَا عَلَى التَّسَاوِي ، فَإِذَا عَجَزَ قِسْمَ مَا كَسَبَهُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ الْمِلْكَيْنِ ، فَلَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا مُنْتَفِعًا إِلَّا بِمَا يُقَابِلُ مِلْكَهُ ، وَعَادَ الْأَمْرُ بَعْدَ زَوَالِ الْكِتَابَةِ إِلَى حُكْمِ الرَّقِّ ، كَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ .

الإنصاف التَّجْمِيمِ ، وَلَا فِي أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا مِنَ النُّجُومِ ، قَبْلَ النُّجْمِ الْآخِرِ ، أَكْثَرُ مِنَ الْآخَرِ . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى إِلَيْهِمَا [١٥٣/٣ ط] إِلَّا عَلَى السَّوَاءِ ، وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا بِالْأَدَاءِ عَلَى الْآخَرِ ، وَاخْتِلَافُهُمَا فِي مِيقَاتِ النُّجُومِ وَقَدَرِ الْمُؤَدَّى يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُعَجَّلَ لِمَنْ تَأَخَّرَ نَجْمُهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ ، وَيُعْطَى مَنْ قَلَّ نَجْمُهُ أَكْثَرَ مِنَ الْوَاجِبِ لَهُ ، وَيُمَكِّنُ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ أَحَدُهُمَا فِي الدَّفْعِ إِلَى الْآخَرِ قَبْلَهُ ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ . ثُمَّ قَالَ : وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُؤَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . قَالَ الْمُصَنِّفُ : لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . فَإِنْ قَبِضَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ شَيْئًا ، لَمْ يَصِحَّ الْقَبْضُ ، وَلِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ حِصَّتَهُ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ ، فَإِنْ أَذِنَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ . ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ . وَهُوَ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . انْتَهَى كَلَامُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « بصير » .

الشرح الكبير

فإن قيل : فالتساوى في الملك يقتضى التساوى في أدائه إليهما ، ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر ، فيعتق نصيبه ، ويسرى إلى نصيب صاحبه ، ويرجع الآخر عليه بنصف قيمته . قلنا : يمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة ، فيعتق عليهما ، ويمكن أن يكتب أحدهما على مائة في نجمين ، في كل نجم خمسون ، ويكتب الآخر على مائتين في نجمين ، في الأول خمسون وفي الثاني ^(١) مائة وخمسون ، فيكون وقتها واحداً ، فيؤدى إلى كل واحد منهما حقه . على أن ^(٢) أصحابنا قد قالوا : لا يسرى العتق إلى نصيب الآخر ما دام مكاتباً . فلا يفضى إلى ما ذكروه ، وإن قدر إفضاؤه إليه ، فلا مانع فيه من صحة الكتابة ، فإنه لا يخل بمقصود الكتابة ، وهو العتق بها ، ويمكن سريّة العتق من غير ضرر ، بأن يكتبه على مثلى قيمته ، فإذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته ، وسلم إليه باقى المال ، وحصل له ولأهله العبد ، ولا ضرر في هذا ، ثم لو كان فيه ضرر ، لكنه قدرضى به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه ، والضرر المرضى به من جهة المضرور لا عبرة به ، كما لو باشره بالعتق أو أبرأه من مال الكتابة ، فإنه يعتق عليه ، ويسرى عتقه ، ويغرم لشريكه ، وهو جائز ، فهذا أولى بالجواز .

الشارح . وقال في « المحرر » : وإن كاتب اثنان عبدهما على التساوى أو التفاضل ، جاز ، ولم يؤد إليهما إلا على قدر ملكيهما ، فإن خص أحدهما بالأداء ،

(١) في الأصل : « الباقي » .

(٢) بعده في الأصل : « بعض » .

فصل : ولا يجوز أن يختلفا في التَّجِيمِ ، ولا في^(١) أن يكون لأحدهما في النُّجُومِ قبل النَّجْمِ الأخير أكثر من الآخر ، في أحد الوجهين ؛ لأنه لا يجوز أن يُودَى إليهما إلا على السَّواءِ ، ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء^(٢) على الآخر ، واختلافهما في ميقات النُّجُومِ وقَدْر المؤدَّى يُفْضِي إلى ذلك . والثاني ، يجوز ؛ لأنه يُمكن أن يُعَجَّلَ لِمَن تأخر نجمه قبل محله ، ويُعطى مَن قلَّ نجمه أكثر من الواجب له ، ويُمكن أن يأذن له أحدهما في الدَّفْعِ إلى الآخر قبله ، أو أكثر منه ، ويُمكن أن يُنْظَرَهُ مَن حلَّ نجمه ، أو يَرْضَى مَن له الكثير بأخذ دُونَ حَقِّه ، وإذا أمكن إفضاء العقد إلى مَقْصُودِهِ ، فلا بُطْلُهُ باحتمال عَدَمِ الإفضاء إليه .

فصل : وليس للمُكَاتِبِ أن يُودَى إلى أحدهما أكثر من الآخر ، ولا يُقدِّم أحدهما على الآخر . [٦٣/٦ ظ] ذكره القاضي . وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعي^(٣) . قال شيخنا^(٤) : لا أعلم فيه خلافا ؛ لأنهما سواء

لم يَعتَقِ نَصِيْبُهُ ، إلا أن يكون بإذن الآخر ، فإنه على وجهين . انتهى . فقولُ المُصنِّفِ : فإذا كَمَلَ أدَاؤُهُ إلى أحدهما قبل الآخر ، عتق كُلُّهُ عليه . يعنى ، إذا كَتَبَهُ مُتَّفَرِّدَيْنِ وكان مُوسِرًا . وقوله : وإن أدَّى إلى أحدهما دُونَ صاحبه ... إلى آخره ، محمولٌ على ما إذا كَتَبَهُ كِتَابَةً واحدةً ؛ بأن يوكِّلا مَن يَكْتِبه ، أو يوكِّل أحدهما الآخر ، فيكاتبه صَفْقَةً واحدةً . فكلامُ المُصنِّفِ فيه إيهامٌ . وتحريرُ المسألةِ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « بالفاء » .

(٣) في : المقنى ٥٠٦/١٤ .

فيه ، فَيَسْتَوِيَانِ فِي كَسْبِهِ ، وَحَقُّهُمَا مُتَعَلِّقٌ بِمَا فِي يَدِهِ تَعَلُّقًا وَاحِدًا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَخْصَّ أَحَدَهُمَا بِشَيْءٍ مِنْهُ دُونَ الْآخَرِ ، وَلِأَنَّهُ رُبَّمَا عَجَزَ ، فَيَعُودُ إِلَى الرَّقِّ وَيَتَسَاوِيَانِ فِي كَسْبِهِ ، فَيَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْفَضْلِ بَعْدَ انْتِفَاعِهِ بِهِ مُدَّةً . فَإِنْ قَبَضَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ شَيْئًا لَمْ يَصِحَّ الْقَبْضُ ، وَلِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ حِصَّتَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَذِنَ فِي الْقَبْضِ . فَإِنْ أَذِنَ فِيهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ، فَجَازَ بِأَذْنِهِ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ الْمُرْتَهَنُ لِلرَّاهِنِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ ، أَوْ أَذِنَ ^(١) الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي فِي قَبْضِ الْمَبِيعِ قَبْلَ تَوَفِيهِ ^(٢) ثَمَنِهِ ، أَوْ أَذِنَا لِلْمُكَاتَبِ فِي التَّبَرُّعِ ، وَلِأَنَّهُمَا لَوْ أَذِنَا لَهُ فِي الصَّدَقَةِ بِشَيْءٍ ، صَحَّ قَبْضُ

مَا قَالَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَالْإِنْصَافِ ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ أَنَّهُمَا إِذَا كَاتَبَاهُ مُتَفَرِّدَيْنِ ، فَأَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا مَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ حِصَّتِهِ ، عَتَقَ نَصِيبَهُ خَاصَّةً إِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، عَتَقَ عَلَيْهِ جَمِيعَهُ ، وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ لَهُ ، وَيُضْمَنُ حِصَّةَ شَرِيكِهِ . وَإِنْ كَاتَبَاهُ كِتَابَةً وَاحِدَةً ، فَأَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا مِقْدَارَ حَقِّهِ بغيرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ ، لَمْ يَغْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ . فَإِنْ أَدَّى بِإِذْنِ شَرِيكِهِ ، فَهَلْ يَغْتِقُ نَصِيبُ الْمُؤَدَّى إِلَيْهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَيُحْمَلُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ الْأَخِيرُ هُنَا عَلَى ذَلِكَ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

(١ - ١) فِي م : « الْمُشْتَرَى لِلْبَائِعِ » .

(٢) فِي م : « أَنْ يُوْفِيَهُ » .

الْمُتَّصِدِّقِ^(١) عليه له ، كذلك ههنا . والثاني ، لا يجوز . وهو اختيار أبي بكر ، ومذهب أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي ، واختيار المزني ؛ لأن ما في يد المكاتب ملك له ، فلا ينفذ إذن غيره فيه ، وإنما حق سيده في ذمته . والأول أصح ، إن شاء الله تعالى ؛ لأن الحق لهم ، لا يخرج عنهم ، فإذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع . وقولهم : إنه ملك للمكاتب . تعليق على العلة ضد ما تقتضيه ؛ لأن كونه ملكا له يقتضي جواز تصرفه^(٢) فيه على حسب اختياره ، وإنما المنع لتعلق حق سيده به ، فإذا أذن زال المانع ، فصح القبض^(٣) ؛ لوجود مقتضيه ، وخلوه من المانع ، ثم يبطل بما ذكرنا من المسائل . فعلى هذا الوجه ، إذا دفع إلى أحدهما مال الكتابة بإذن صاحبه ، عتق نصيبه من المكاتب ؛ لأنه استوفى

فقدم المصنف هنا ، أنه يعتق نصيب المؤدى إليه . وهو المذهب . وقدمه في « الخلاصة » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وصححه المصنف ، والشارح ، والنظام . قال ابن متجى : هذا المذهب . ويحتمل أن لا يعتق ولو أذن له الآخر . وهو الوجه الثاني . واختاره أبو بكر . فعلى المذهب ، إذا أدى ما عليه من مال الكتابة بإذن الآخر ، عتق نصيبه ، ويسرى إلى باقيه إن كان مؤسرا ، وعليه قيمة حصته شريكه . وهذا قول الخرقي ، وغيره ، ويضمنه في الحال ينصف قيمته مكاتبا مبقى على ما بقى من كتابته ، ولأوه كله له . وقال أبو بكر ، والقاضي :

(١) في م : « المصدق » .

(٢) في الأصل : « تصديقه » .

(٣) في م : « القبض » .

حَقَّهُ ، وَيَسْرِى الْعِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ بِسَبَبِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْخِرَقِيِّ . وَيُضْمَنُهُ فِي الْحَالِ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ مُكَاتَبًا مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَلَاؤُهُ كُلُّهُ لَهُ ، وَمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ لِلَّذِي ^(١) لَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا قَبِضَهُ صَاحِبُهُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْعَبْدِ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ الَّذِي عَتَقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ نِصْفَهُ عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ وَنِصْفَهُ بِالسَّرَايَةِ ، فَحِصَّةُ مَا عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ لِلْعَبْدِ ، وَحِصَّةُ مَا عَتَقَ بِالسَّرَايَةِ لِلْسَيِّدِ . وَعَلَى مَا اخْتَارَهُ شَيْخُنَا ، يَكُونُ الْبَاقِي كُلُّهُ لِلْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْكَسْبَ كَانَ مِلْكًا لَهُ ، فَلَا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ بَعْتُّهُ ، كَمَا لَوْ عَتَقَ بِالْأَدَاءِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي : لَا يَسْرِى الْعِتْقُ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يَسْرِى عِنْدَ عَجْزِهِ . فَعَلَى قَوْلِهِمَا ، يَكُونُ بَاقِيًا عَلَى الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَدَّى إِلَى الْآخِرِ عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَلَاؤُهُ لهما ، وَمَا يَبْقَى فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ فَهُوَ لَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ وَفُسِخَتْ كِتَابَتُهُ قَوْمٌ عَلَى الَّذِي أَدَّى إِلَيْهِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ كُلُّهُ لَهُ ، وَتَنَفَسَخَ الْكِتَابَةُ فِي نِصْفِهِ ، وَإِنْ مَاتَ فَقَدِمَات وَنِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ رَقِيقٌ ، وَلِسَيِّدِهِ [٦٤/٦] الَّذِي لَمْ يُعْتَقْ نَصِيبَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِمَّا خَلَفَهُ مِثْلَ مَا أَخَذَهُ شَرِيكُهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَهُ نِصْفُ مَا بَقِيَ ، وَالْبَاقِي

لَا يَسْرِى الْعِتْقُ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يَسْرِى عِنْدَ عَجْزِهِ . فَعَلَى قَوْلِهِمَا ، يَكُونُ بَاقِيًا عَلَى الْكِتَابَةِ ؛ فَإِنْ أَدَّى إِلَى الْآخِرِ ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَلَاؤُهُ لهما ، وَمَا يَبْقَى فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ ، فَهُوَ لَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ وَفُسِخَتْ كِتَابَتُهُ ، قَوْمٌ عَلَى الَّذِي أَدَّى إِلَيْهِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ كُلُّهُ لَهُ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « الَّذِي » .

لَوَرَثَةُ الْعَبْدِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ مِنْ نَسَبِهِ ، فَهُوَ لِلَّذِي أَدَّى إِلَيْهِ بِالْوَلَاةِ .
وإن قلنا : لَا يَصِحُّ الْقَبْضُ . فَمَا أَخَذَهُ الْقَابِضُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ ، وَلَا تَعْتَقُ
حِصَّتُهُ مِنَ الْمُكَاتَبِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ عَوَضَهُ ، وَلِغَيْرِ الْقَابِضِ مُطَابَلَةُ
الْقَابِضِ بِنَصِيْبِهِ مِمَّا قَبَضَهُ ، كَمَا لَوْ قَبَضَ بغيرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ غَيْرُ
الْقَابِضِ بِنَصِيْبِهِ حَتَّى أَدَّى الْمُكَاتَبُ إِلَيْهِ كِتَابَتَهُ ، صَحَّ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِمَا
جَمِيعًا ، وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْآخِرِ حَقَّهُ فَقَدْ مَاتَ عَبْدًا ، وَيَسْتَوْفِي
الَّذِي لَمْ يَقْبِضْ مِنْ كَسْبِهِ بِقَدْرِ مَا أَخَذَ صَاحِبُهُ ، وَالْباقِي بَيْنَهُمَا . قَالَ أَحْمَدُ
فِي رِوَايَةٍ ابْنِ مَنْصُورٍ ، فِي عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتِبَاهُ ، فَأَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا
كِتَابَتَهُ ، ثُمَّ مَاتَ وَهُوَ يَسْعَى لِلْآخِرِ ، لِمَنْ مِيرَاثُهُ ؟ قَالَ أَحْمَدُ : كُلُّ مَا
كَسَبَ الْعَبْدُ فِي كِتَابَتِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، وَيَرْجِعُ هَذَا عَلَى الْآخِرِ بِنَصِيْبِهِ مِمَّا
أَخَذَ ، وَمِيرَاثُهُ بَيْنَهُمَا . قَالَ ابْنُ مَنْصُورٍ : قَالَ إِسْحَاقُ بْنُ رَاهُوِيَةَ كَمَا قَالَ .

فصل : فَإِنْ عَجَزَ مُكَاتَبُهُمَا فَلَهُمَا الْفَسْخُ وَالْإِمْضَاءُ ، فَإِنْ فَسَخَا
جَمِيعًا أَوْ أَمْضَيَا الْكِتَابَةَ جَازَ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، وَإِنْ فَسَخَ أَحَدُهُمَا وَأَمْضَى الْآخَرُ
جَازَ ، وَعَادَ نِصْفُهُ رَقِيقًا قَتْلًا وَنِصْفُهُ مُكَاتَبًا . وَقَالَ الْقَاضِي : تَنْفَسَخُ الْكِتَابَةُ
فِي جَمِيعِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَوْ بَقِيَتْ فِي نِصْفِهِ لَعَادَ
مِلْكُ الَّذِي فَسَخَ الْكِتَابَةَ إِلَيْهِ نَاقِصًا . وَلَنَا ، أَنَّهَا كِتَابَةٌ عَنْ مِلْكٍ أَحَدِهِمَا ،
فَلَمْ تَنْفَسَخْ بِفَسْخِ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ أَنْفَرَدَ بِكِتَابَتِهِ ، وَلَئِنْ هُمَا عَقْدَانِ مُفْرَدَانِ ،

فَأَنْتَ تَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، قَالَ الْقَاضِي : وَيَطْرُدُ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي دَيْنٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ ،
أَذْنُ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ فِي قَبْضِ نَصِيْبِهِ : لَا يَقْبِضُ إِلَّا بِقِسْطِ حَقِّهِ مِنْهُ . وَقَالَ أَبُو

الشرح الكبير

فلم يَنْفَسَخْ أَحَدُهُمَا بَفَسْخِ الْآخَرِ ، كَالْبَيْعِ ، وَمَا حَصَلَ مِنَ النَّقْصِ ^(١) لا يَمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا حَصَلَ ضِمْنًا لِتَصَرُّفِ الشَّرِيكِ فِي نَصِيْبِهِ ، ^(٢) فَلَمْ يَمْنَعْ ، كَاِغْتَاقِ الشَّرِيكِ . وَلَأنَّ مِنْ أَصْلِنَا أَنْ تَصَحَّ مُكَاتَبَةُ أَحَدِهِمَا نَصِيْبِهِ ^(٣) ، فَإِذَا لَمْ يُمْنَعِ الْعَقْدُ فِي ابْتِدَائِهِ ، فَلَأنَّ لَا يُيْطَلَّه فِي دَوَامِهِ أَوَّلَى . وَلَأنَّ ضَرَرَهُ حَصَلَ بِعَقْدِهِ وَفَسْخِهِ ، فَلَا يَزُولُ ^(٤) بَفَسْخِ عَقْدٍ غَيْرِهِ . وَلَأنَّ فِي فَسْخِ الْكِتَابَةِ ضَرَرًا بِالمُكَاتَبِ وَسَيِّدِهِ ، وَلَيْسَ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الشَّرِيكِ الَّذِي فَسَخَ بِأَوَّلَى مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الَّذِي لَمْ يَفْسَخْ ، ^(٥) بَلْ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الَّذِي لَمْ يَفْسَخْ أَوَّلَى ^(٦) ؛ لَوْجُوهُ ثَلَاثَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ ضَرَرَ الَّذِي فَسَخَ حَصَلَ ضِمْنًا ؛ لِبَقَاءِ عَقْدِ شَرِيكِهِ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ ، وَضَرَرُ شَرِيكِهِ يَزُولُ بِزَوَالِ عَقْدِهِ وَفَسْخِ تَصَرُّفِهِ فِي مِلْكِهِ . الثَّانِي ، أَنَّ ضَرَرَ الَّذِي فَسَخَ لَمْ يَعْتَبَرْهُ الشَّرْعُ فِي مَوْضِعٍ ، وَلَا أَصْلَ لِمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْحُكْمِ ، وَلَا يُعْرَفُ لَهُ نَظِيرٌ ، فَيَكُونُ ^(٧) بِمَنْزِلَةِ الْمَصَالِحِ الْمُرْسَلَةِ الَّتِي وَقَعَ الْإِجْمَاعُ عَلَى اطِّرَاحِهَا ، وَضَرَرُ شَرِيكِهِ بَفَسْخِ عَقْدِهِ مُعْتَبَرٌ فِي سَائِرِ عُقُودِهِ ؛ مِنْ بَيْعِهِ ، وَهَبَتِهِ ^(٨) وَرَهْنِهِ ^(٩) ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَيَكُونُ أَوَّلَى . الثَّالِثُ ، أَنَّ ضَرَرَ

الْخَطَّابُ : لَا يَرْجِعُ الشَّرِيكِ فِي الْأَصَحِّ . كَمَا سَأَلْنَا . الثَّانِيَّةُ ، لَوْ كَاتَبَ ثَلَاثَةً عَبْدًا ، الْإِنصَافُ فَادَّعَى الْأَدَاءَ إِلَيْهِمْ ، فَأَنْكَرَهُ أَحَدُهُمْ ، شَارَكَهُمَا فِيمَا أَقْرَأَ بِقَبْضِهِ . قَالَ الْأَصْحَابُ ؛

(١) فِي م : « الْقَبْضُ » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « يَزَالُ » .

(٤ - ٥) فِي الْأَصْلِ : « نَعْرِفُ لَهُ نَظِيرًا فَتَكُونُ » .

الشرح الكبير الفسخ يَتَعَدَّى إِلَى الْمُكَاتَبِ ، فَيَكُونُ ضَرَرًا بَاثْنَيْنِ ، وَضَرَرُ الْفَاسِخِ لَا يَتَعَدَّاهُ ، ثُمَّ لَوْ قُدِّرَ تَسَاوَى [٦٤/٦ ط] الضَّرَرَيْنِ ، لَوَجَبَ إِبْقَاءُ الْحُكْمِ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِحْدَاثُ الْفَسْخِ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ رَاجِحٍ .

فصل : وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ وَرُدَّ فِي الرَّقِّ ، وَكَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، سَوَاءٌ كَانَ مِنْ كَسْبِهِ أَوْ مِنْ ^(١) صَدَقَةٍ تَطَوُّعٍ أَوْ وَصِيَّةٍ . وَمَا كَانَ مِنْ صَدَقَةٍ مَفْرُوضَةٍ فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ لِسَيِّدِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ عَطَاءٌ : يَجْعَلُهُ فِي السَّبِيلِ أَحَبُّ إِلَيَّ ، وَإِنْ أَمْسَكَهُ فَلَا بَأْسَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُؤْخَذُ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ فَيُجْعَلُ فِي الْمُكَاتَبَيْنِ . نَقَلَهَا حَنْبَلٌ . وَهُوَ قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَالتَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَى أَرْبَابِهِ . وَهُوَ قَوْلُ إِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا دُفِعَ إِلَيْهِ لِيُصْرَفَ فِي الْعَتَقِ ، فَإِذَا لَمْ يُصْرَفْ فِيهِ وَجَبَ رَدُّهُ ، كَالْغَازِي وَالْغَارِمِ وَابْنِ السَّبِيلِ . وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّ ابْنَ عَمَرَ رَدَّ مُكَاتَبًا فِي الرَّقِّ ، فَأَمْسَكَ مَا أَخَذَهُ مِنْهُ ^(٢) . وَلِأَنَّهُ يَأْخُذُ لِحَاجَتِهِ ، فَلَمْ يُرَدَّ مَا أَخَذَهُ ، كَالْفَقِيرِ وَالْمَسْكِينِ .

الإِنصَافُ الْخِرَقِيُّ ، فَمَنْ بَعَدَهُ . وَنَصَّ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : تَقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا عَلَيْهِ . وَقَطَعَ بِهِ الْخِرَقِيُّ وَغَيْرُهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَقَالَ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، لَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا عَلَيْهِ ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَصَاحِبُ « الرُّوْضَةِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ .

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : السنن الكبرى ٣٤١/١٠ .

وَأَمَّا الْغَارِى فَإِنَّهُ يَأْخُذُ لِحَاجَتِنَا^(١) إِلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يَكْفِيهِ لَعَزُّهُ . وَأَمَّا الْغَارِمُ فَإِنْ غَرِمَ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ ، فَهُوَ كَالْغَارِى ، يَأْخُذُ لِحَاجَتِنَا إِلَيْهِ ، وَإِنْ غَرِمَ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ فَهُوَ كَمَسْأَلَتِنَا ، لَا يَرُدُّهُ .

فصل : فَأَمَّا مَا أَدَّاهُ إِلَى سَيِّدِهِ قَبْلَ عَجْزِهِ ، فَلَا يَجِبُ رَدُّهُ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ صَرَفَهُ فِي الْجَهَةِ الَّتِي أَخَذَهُ لَهَا ، وَثَبَتَ مِلْكُ سَيِّدِهِ عَلَيْهِ مِلْكًا مُسْتَقِيرًا ، فَلَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ . وَيُفَارِقُ مَا فِي يَدِ الْمُكَاتَبِ ، فَإِنَّ مِلْكَ سَيِّدِهِ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ قَبْلَ هَذَا ، وَالْخِلَافُ فِي ابْتِدَاءِ ثُبُوتِهِ . وَمَا تَلَفَ فِي يَدِ الْمُكَاتَبِ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ^(٢) عَلَيْهِ ، سَوَاءً عَجَزَ أَوْ أَدَّى ؛ لِأَنَّ مَالَهُ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ^(٣) فِي يَدِ^(٣) سَائِرِ أَصْنَافِ الصَّدَقَةِ . وَإِنْ اشْتَرَى بِهِ عَرَضًا ، وَعَجَزَ وَالْعَرَضُ فِي يَدِهِ ، فَفِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا لَوْ وَجَدَهُ بَعَيْنَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ عَوَضَهُ وَقَائِمُ مَقَامِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أُعْطِيَ الْغَارِى مِنَ الصَّدَقَةِ مَا اشْتَرَى بِهِ فَرَسًا وَسِلَاحًا ثُمَّ فَضَّلَ عَنْ حَاجَتِهِ .

فصل : وَمَوْتُ الْمُكَاتَبِ قَبْلَ الْأَدَاءِ كَعَجْزِهِ فِيمَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ يَأْخُذُ مَا فِي يَدِهِ قَبْلَ حُصُولِ مَقْصُودِ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ أَدَّى وَبَقِيَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ فَحُكْمُهُ فِي رَدِّهِ وَأَخْذِهِ حُكْمُ سَيِّدِهِ فِي ذَلِكَ عِنْدَ عَجْزِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لَمْ يُؤَدِّهِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِحَاجَتِهِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « مَا فِي » .

الشرح الكبير في كتابته ، بَقِيَ بَعْدَ^(١) زَوَالِهَا . فَإِنْ كَانَ قَدْ اسْتَدَانَ مَا أَدَّاهُ فِي الْكِتَابَةِ ، وَبَقِيَ عِنْدَهُ مِنَ الصَّدَقَةِ بِقَدْرِ^(٢) مَا يَقْضَى بِهِ دَيْنُهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ بِسَبَبِ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي أَدَائِهَا .

فصل : إذا قال السيد لمُكَاتِبِهِ : متى عَجَزْتَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ . فهذا تَعْلِيْقٌ لِلْحُرِّيَةِ^(٣) عَلَى صِفَةِ تَحْدُثُ بَعْدَ الْمَوْتِ . وفيه اخْتِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ^(٤) . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ . فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . فَمَتَى عَجَزَ بَعْدَ الْمَوْتِ صَارَ حُرًّا بِالصَّفَةِ . فَإِنْ ادَّعَى الْعَجَزَ قَبْلَ حُلُولِ النَّجْمِ لَمْ يَعْتَقَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ [٦٥/٦] يَعَجِزُ عَنْهُ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ حُلُولِهِ وَمَعَهُ مَا يُؤَدِّيهِ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ عَاجِزٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ ، فَصَدَقَهُ الْوَرَثَةُ ، عَتَقَ ، وَإِنْ كَذَّبُوهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْمَالِ وَعَجْزُهُ ، فَإِذَا حَلَفَ عَتَقَ . وَإِذَا عَتَقَ بِهَذِهِ الصَّفَةِ ، كَانَ مَا فِي يَدِهِ لَهُ إِنْ لَمْ تَكُنْ كِتَابَتُهُ فُسِّخَتْ ؛ لِأَنَّ الْعَجَزَ لَا تَنْفَسِخُ بِهِ الْكِتَابَةُ^(٥) ، وَإِنَّمَا يُثَبَّتُ بِهِ اسْتِحْقَاقُ الْفُسْخِ ، وَالْحُرِّيَةُ تَحْصُلُ بِهِ بِأَوَّلِ وُجُودِهِ ، فَتَكُونُ الْحُرِّيَةُ قَدْ حَصَلَتْ لَهُ فِي حَالِ كِتَابَتِهِ ، فَيَكُونُ مَا فِي يَدِهِ لَهُ ، كَمَا لَوْ عَتَقَ بِالْإِبْرَاءِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . وَمُقْتَضَى قَوْلِ^(٦) أَصْحَابِنَا ، أَنَّ

لِلْإِنصَافِ:

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِقَدْرِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « تَعَجِيزٌ بِهِ » .

(٤) تَقْدِمُ الْكَلَامَ عَلَيْهِ فِي صَفْحَةِ ٣٥٥ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) بَعْدَهُ فِي م : « بَعْضُ » .

كِتَابَتَهُ تَبْطُلُ ، وَيَكُونُ مَا فِي يَدِهِ لَوْرَثَةً سَيِّدِهِ .

فصل : إذا كَاتَبَ عَبْدًا فِي صِحَّتِهِ ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِهِ الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ مَالِ كِتَابَتِهِ عَتَقَ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ لَهُ سِوَى الْمُكَاتَبِ مَائَتَانِ ، وَقِيَمَةُ الْمُكَاتَبِ مِائَةٌ ، وَمَالُ الْكِتَابَةِ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ ، فَإِنَّا نَعْتَبِرُ قِيَمَتَهُ دُونَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ . وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ اعْتَبَرْنَا مَالِ الْكِتَابَةِ وَنَفَذَ الْعَتَقُ ، وَيُعْتَبَرُ الْبَاقِي مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ دُونَ مَا أَدَّى مِنْهَا ، وَإِنَّمَا اعْتَبَرْنَا الْأَقْلَ (١) ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ إِنْ كَانَتْ أَقْلَ فَهِيَ قِيَمَةُ مَا أَتْلَفَ بِالْإِعْتَاقِ ، وَمَالُ الْكِتَابَةِ مَا اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ لِلْعَبْدِ إِسْقَاطَهُ بَتَعْجِيزِ نَفْسِهِ ، أَوْ يَمْتَنِعُ مِنْ أَدَائِهِ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ عِوَضُ الْكِتَابَةِ أَقْلَ اعْتَبَرْنَا ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقُ بِأَدَائِهِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ السَّيْدُ عَلَيْهِ سِوَاهُ ، وَقَدْ ضَعُفَ (٢) مِلْكُهُ فِيهِ وَصَارَ عِوَضَهُ . وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ مَالُهُ سِوَى الْمُكَاتَبِ مِائَةً ، فَإِنَّا نَضْمُ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَنَعْمَلُ بِحِسَابِهِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثُلَاثًا ، وَيُبْقَى ثُلُثُهُ بِثُلُثِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَذَاهُ عَتَقَ ، وَإِلَّا رَقَّ مِنْهُ ثُلُثُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مَالُ الْكِتَابَةِ مِائَةً وَخَمْسِينَ ، فَيُبْقَى (٣) ثُلُثُهُ بِخَمْسِينَ فَأَدَّاهَا ، أَنْ نَقُولَ : قَدْ زَادَ مَالُ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْأَوَّلُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « ضَعُفَهُ » .

(٣) فِي م : « فَبَقِيَ » .

حُسِبَ عَلَى الْوَرَّةِ بِمِائَةٍ ، وَحَصَلَ لَهُمْ بِثُلْثِهِ ^(١) خَمْسُونَ ، فَقَدْ زَادَ مَالُ الْمَيِّتِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَزِيدَ مَا يَعْتَقُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمَالَ يَحْصُلُ لَهُمْ بِعَقْدِ السَّيِّدِ وَالْإِثْرِ عَنْهُ . وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمُعْتَبَرُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ ؛ لِأَنَّ رُبْعَهُ يَجِبُ إِيثَاؤُهُ لِلْمُكَاتَبِ ^(٢) ، فَلَا يُحْسَبُ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ . فَإِنْ كَانَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مَالِ الْكِتَابَةِ مِائَةً وَخَمْسِينَ ، وَقِيَمَةُ الْعَبْدِ مِائَةً ، وَلِلْمَيِّتِ مِائَةٌ أُخْرَى ، عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ ثُلُثَاهُ ، وَحَصَلَ لِلْوَرَّةِ مِنْ كِتَابَةِ الْعَبْدِ خَمْسُونَ ، عَنْ ثُلْثِ الْعَبْدِ الْمَحْسُوبِ عَلَيْهِمْ بِثُلْثِ ^(٣) الْمِائَةِ ، فَقَدْ زَادَ لَهُمْ ثُلْثُ الْخَمْسِينَ ، فَيَعْتَقُ مِنَ الْعَبْدِ قَدْرُ ثُلُثِهَا ، وَهُوَ تِسْعُ الْخَمْسِينَ ، وَذَلِكَ نِصْفُ تِسْعِهِ ، فَصَارَ الْعِتْقُ ثَابِتًا فِي ثُلُثَيْهِ وَنِصْفِ تِسْعِهِ ، وَحَصَلَ لِلْوَرَّةِ الْمِائَةُ وَثَمَانِيَةُ أَسَاعِ الْخَمْسِينَ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ . فَإِنْ قِيلَ : لِمَ أَعْتَقْتُمْ بَعْضَهُ ، وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ [٦٥/٦ ظ] بَعْضُ مَالِ الْكِتَابَةِ ، ^(٤) وَقَدْ قُلْتُمْ : إِنْ الْمُكَاتَبُ لَا يَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ^(٥) ؟ قُلْنَا : إِنَّمَا أَعْتَقْنَا بَعْضَهُ هَهُنَا بِإِعْتِاقِ سَيِّدِهِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَلَمَّا كَانَ الْعِتْقُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، نَفَذَ فِي ثُلْثِ مَالِهِ ، وَبَقِيَ بَاقِيهِ لِحَقِّ الْوَرَّةِ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي لَا يَعْتَقُ ^(٦) إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ مَالِ ^(٧) الْكِتَابَةِ ، إِذَا كَانَ عِتْقُهُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ،

(١) فِي م : « ثَلَاثَةٌ » .

(٢) فِي الْأَصْل : « وَلِلْمُكَاتَبِ » .

(٣) فِي م : « ثُلْثٌ » .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

فما حصل الاستيفاء يخصُّ المعاوضة ، فلم تثبت الحرية في العوض .
فصل : فإن وصى سيده باعتاقه ، أو إبرائه من الكتابة ، وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال الكتابة ، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا اعتقه في مرضه ، أو أبراه ، إلا أنه لا يحتاج ههنا إلى إيقاع العتق ؛ لأنه أوصى به . وإن لم يخرج الأقل منهما من ثلثه ، عتق^(١) منه بقدر الثلث ، ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ، ويبقى باقية على باقي الكتابة ، فإذا أذاه عتق جميعه ، وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي . وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال وإن لم يحصل للورثة في الحال شيء ؛ لأن حق الورثة متحقق الحصول ، فإنه إن أدى وإلا عاد الباقي قنًا . وذكر القاضي فيه وجهًا آخر ، أنه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه ؛ لئلا يتنجز للوصية ما عتق منه^(٢) ويتأخر حق الوارث ، ولذلك لو كان له مال غائب ، أو دين حاضر ، لم تنجز وصيته من الحاضر . والأول أصح ؛ لما ذكرناه . وأما الحاضر والغائب ، فإنه إن كان موصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال ، ووقف الباقي على قدوم الغائب ، فقد حصل للموصى له ثلث الحاضر ، ولم يحصل للورثة شيء في الحال ، فهي كمسألتنا ، ولم يكمل له جميع وصيته ؛ ^(٣) (لأن الغائب^(٣) غير مؤثوق^(٤) بحصوله ، فإنه

(١) في الأصل : « أعتق » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : « موقوف » .

رَبَّمَا تَلَفَ ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ ، فَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْحَاصِلَةُ بِزِيَادَةِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهَا تَقِفُ عَلَى أَدَائِهِ .

فصل : قال الخِرَقِيُّ : وإذا كان العبدُ لثلاثةٍ ، فجاءَهُم بثلاثمائةٍ دَرَاهِمَ ، فقال : يَبِيعُونِي نَفْسِي بِهَا . فَأَجَابُوهُ ، فَلَمَّا عَادَ إِلَيْهِمْ لِيَكْتُبُوا لَهُ كِتَابًا ، أَنْكَرَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَكُونَ أَخَذَ شَيْئًا ، وَشَهِدَ الرَّجُلَانِ عَلَيْهِ بِالْأَخْذِ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا بِشَهَادَةِ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَانَا عَدْلَيْنِ ، وَيُشَارِكُهُمَا فِيمَا أَخَذَا مِنَ الْمَالِ ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ شَيْءٌ . اعْتَرَضَ عَلَى الْخِرَقِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، حَيْثُ أَجَازَ لَهُ شِرَاءَ نَفْسِهِ بِعَيْنِ مَا فِي يَدِهِ ، مَعَ أَنَّهُ قَدْ ذَكَرَ فِي بَابِ الْعِتْقِ : إِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ : اشْتَرِنِي مِنْ سَيِّدِي بِهَذَا الْمَالِ وَأَعْتَقْنِي . فَاشْتَرَاهُ بِعَيْنِ الْمَالِ ، كَانَ الشُّرَاءُ وَالْعِتْقُ بَاطِلًا ، وَيَكُونُ السَّيِّدُ قَدْ أَخَذَ مَالَهُ . فَأَجَابَ الْقَاضِي عَنْ هَذَا الْإِشْكَالِ بِوُجُوهِ : مِنْهَا ، أَنْ يَكُونَ مُكَاتَبًا ، وَقَوْلُهُ : يَبِيعُونِي نَفْسِي بِهِذِهِ . أَيْ أُعْجِلْ لَكُمْ الثَّلَاثِمِائَةَ وَتَضَعُونَنِي عَنِّي مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِي ، وَلِهَذَا ذَكَرَهَا فِي بَابِ الْمُكَاتَبِ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ [٦٦/٦ و] (١) الْمَالُ فِي يَدِ الْعَبْدِ لِأَجْنَبِيٍّ قَالَ لَهُ : اشْتَرِ نَفْسَكَ بِهَا . مِنْ غَيْرِ أَنْ يُمْلِكَهُ إِيَّاهَا . الثَّالِثُ ، أَنْ (٢) يَكُونَ عِتْقًا بِصَفَةِ (٣) ، تَقْدِيرُهُ : إِذَا قَبَضْنَا مِنْكَ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ فَأَنْتَ حُرٌّ . الرَّابِعُ ، أَنْ يَكُونَ سَادَتُهُ رَضُوا بِبَيْعِهِ نَفْسَهُ بِمَا فِي يَدِهِ ، وَفَعَلَهُمْ ذَلِكَ مَعَهُ (٤) إِعْتِاقٌ مِنْهُمْ مُشْرُوطٌ بِتَأْذِينِ ذَلِكَ إِلَيْهِمْ ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في الأصل : « يكونا عتقا نصفه » .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فتكون صورته صورة البيع ، ومعناه العتق بشرط الأداء ، كما لو قال : بعثك نفسك بخدمتي سنة . فإن منفعه مملوكة لسيده ، وقد صح هذا فيها^(١) ، فكذا ههنا . قال شيخنا^(٢) : وهذا الوجه أظهرها^(٣) ، إن شاء الله تعالى ؛ لأنه لا يحتاج إلى تأويل ، ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل . إذا تقرر هذا ، فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق ؛ لأن البيع يخرج من^(٤) ملكهم ، ولا يثبت عليه ملك آخر ، إلا أنه ههنا لا يعتق إلا بالقبض ؛ لأننا جعلناه عتقا مشروطا به . ولهذا قال الخرقي : وقد صار العبد حرا بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض . ولو عتق بالبيع ، لعتق باعترافهم به ، لا بالشهادة بالقبض . ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن ، فشهد عليه شريكاه ، وكانا عدلين ، قبلت شهادتهما ؛ لأنهما شهدا للعبد بأداء ما يعتق به ، فقبلت شهادتهما ، كالأجنبيين ، ويرجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذه ؛ لأنهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد ، والعبد مشترك بينهما ، فثمنه^(٥) يجب أن يكون بينهما ، ولأن ما في يد العبد لهم ، والذي أخذه كان في يده ، فيجب أن يشترك فيه الجميع ويكون بينهم بالسوية ،

الإصناف

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في : المغنى ١٤ / ٥٤٨ .

(٣) في م : « أظهر » .

(٤) في م : « عن » .

(٥) في الأصل : « قيمته » .

وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة^(١)، ودفع مشاركتيهما فيه نفع لهما، فلم تقبل شهادتهما فيه، وقيل فيما ينتفع به العبد دون ما ينتفع به، كما لو أقر بشيء لغيرهما^(٢) «ضرر»^(٣) لهما^(٤) فيه نفع، فإن إقرارهما يقبل فيما عليهما دون ما لهما. وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض؛ لأنهما يدفعان بها عن أنفسهما^(٥) «ضررا»^(٦) مفرما، ومن شهد بشهادة يجزئ إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل، وإنما يقبل ذلك في الإقرار؛ لأن العدالة غير معتبرة فيه، والتهمة لا تمنع من صحته، بخلاف الشهادة. فعلى هذا القياس، يعتق نصيب الشاهدين بإقرارهما، ويتقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على القبض، وله مطالبته بنصيبه أو مشاركة صاحبه^(٧) بما أخذ^(٨)، فإن شاركهما أخذ منهما ثلثي مائة، ورجع على العبد بتمام المائة، ولا يرجع المأخوذ منه^(٩) على الآخر بشيء؛ لأنه إن أخذ من العبد، فهو يقول: ظلمني، وأخذ مني مرتين. وإن أخذ من الشاهدين، فهما يقولان: ظلمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا. ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه. وإن كانا غير عدلين فكذلك، سواء قلنا: إن شهادة العدلين مقبولة. أو لا؛ لأن غير العدل لا تقبل [٦٦/٦ ط] شهادته، وإنما يؤخذ بإقراره. وإن أنكر الثالث البيع فنصيبه باقٍ على

(١ - ١) سقط من: م.

(٢) سقط من: م.

(٣ - ٣) زيادة من: م.

(٤) في الأصل: «صاحبه».

(٥) في م: «أخذ».

(٦) بعده في الأصل: «منهم».

الرَّقُّ إِذَا حَلَفَ ، إِلَّا أَنْ يَشْهَدَا عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ ، وَيَكُونَانِ عَدْلَيْنِ ، فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا بِهِذِهِ الشَّهَادَةِ نَفْعًا .

فصل : وإذا كان العبدُ بينَ شَرِيكَيْنِ ، فكَاتَبَاهُ بِمَائَةٍ ، فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَيْهِمَا ، وَصَدَّقَاهُ ، عَتَقَ ، وَإِنْ أَنْكَرَاهُ ، وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا مَعَ أَيْمَانِهِمَا . وَإِنْ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُقَرِّ ، وَأَمَّا الْمُنْكَرُ ، فَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، تُقْبَلُ شَهَادَةُ شَرِيكِهِ ^(١) عَلَيْهِ إِذَا كَانَ ^(٢) عَدْلًا ، فَيَحْلِفُ الْعَبْدُ مَعَ شَهَادَتِهِ ^(٣) ، وَيَصِيرُ حُرًّا ، ^(٤) وَيَرْجِعُ الْمُنْكَرُ عَلَى الشَّاهِدِ ، فَيُشَارِكُهُ فِيمَا أَخَذَهُ . وَأَمَّا الْقِيَاسُ فَيَقْتَضِي أَنْ لَا تُسْمَعَ شَهَادَةُ شَرِيكِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ بِشَهَادَتِهِ عَنْ نَفْسِهِ مَعْرَمًا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِذَا حَلَفَ ، فَلَهُ مُطَالَبَةُ شَرِيكِهِ بِنِصْفِ مَا اعْتَرَفَ بِهِ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ؛ لِأَنَّ مَا قَبِضَهُ كَسْبُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا . فَإِنْ قِيلَ : فَالْمُنْكَرُ يُنْكِرُ قَبْضَ شَرِيكِهِ ، فَكَيْفَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ ؟ قُلْنَا : إِنَّمَا يُنْكِرُ قَبْضَ نَفْسِهِ ، وَشَرِيكُهُ مُقَرَّرٌ بِالْقَبْضِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَدْ قَبِضَ فَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ ، وَإِذَا أَقَرَّ بِمُتَصَوَّرٍ لَزِمَهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ ، وَمِنْ حُكْمِهِ جَوَازُ رُجُوعِ شَرِيكِهِ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِأُتَيْنِ فَوْفَى أَحَدَهُمَا ، لَمْ يَرْجِعْ

(١) فِي م : « شَرِيكِهِ » .

(٢) فِي م : « كَانَا » .

(٣) فِي م : « شَهَادَتُهُمَا » .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الآخرُ على شريكه ، فلم رَجَعَ هُنا ؟ قلنا : إن كان الدَّيْنُ ثابتًا بسببٍ واحدٍ ، فما قبَضَ أحدهما منه رَجَعَ به الآخرُ عليه ، كمسألتنا ، وعلى أن هذا يفارقُ الدَّيْنَ ، لكونِ الدَّيْنِ لا يتعلَّقُ بما في يدِ العَريمِ ، إنما يتعلَّقُ بذمَّته حَسْبُ ، والسيدُ يتعلَّقُ حَقُّه بما في يدِ المُكاتبِ ، فلا يدفعُ شيئًا منه إلى أحدهما ، إلَّا كان حقُّ الآخرِ ثابتًا فيه . إذا ثبتَ هذا ، فإنه إن رَجَعَ على العبدِ بخَمْسِينَ ، استقرَّ ملكُ الشَّريكِ على ما أخذه ، ولم يرجعِ العبدُ عليه بشيءٍ ؛ لأنَّه إنما قبَضَ حَقَّه ، وإن رَجَعَ على الشَّريكِ ، رَجَعَ عليه بخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ ، وعلى العبدِ بخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ ، ولم يرجعِ أحدهما على الآخرِ بما أخذه منه ؛ لما^(١) ذكرنا من قبل . وإن عَجَزَ العبدُ^(٢) عن أدائه^(٣) ما يرجعُ به عليه ، فله تعجيزُهُ واسترقاقُهُ ، ويكونُ نصفُهُ حرًّا ونصفُهُ رقيقًا ، ويرجعُ على الشَّريكِ بنصفِ ما أخذه ، ولا تسرى الحرِّيَّةُ فيه ؛ لأنَّ الشَّريكَ والعبدَ يعتقِدان أنَّ الحرِّيَّةَ ثابتةٌ في جميعه ، وأنَّ المنكرَ غاصِبٌ لهذا النِّصفِ الذي استرقَّه ظالمٌ باسترقاقه ، والمنكرُ يدَّعي رِقَّ العبدِ جميعه ، ولا يعترفُ بحرِّيَّةِ شيءٍ منه ؛ لأنَّه يزعمُ أنني^(٤) ما قبَضْتُ نصيبِي^(٥) من كتابته ، وشريكي إن قبَضَ شيئًا^(٦) فقد قبَضَ شيئًا^(٧) استحقَّ نصفه بغيرِ إذنى ، فلا يعتقُ شيءٌ منه بهذا القبضِ . وسراية العتقِ مُمتنعةٌ

(١) في الأصل : « كما » .

(٢-٣) في النسختين : « بأداء » والمثبت كما في المغنى ٥٥٠/١٤ .

(٣) في م : « أنه » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥-٥) سقط من : م .

على كلا القَوَّيْن ؛ لأنَّ^(١) السَّرَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ فِيمَا إِذَا أُعْتِقَ بَعْضُهُ وَبَقِيَ بَعْضُهُ رَقِيقًا ، وَجَمِيعُهُمْ مُتَّفِقُونَ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ . وَهَذَا مُنْصَوِّصٌ [٦٧/٦ و] الشَّافِعِيُّ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّهُ دَفَعَ الْمِائَةَ إِلَى أَحَدِهِمَا ؛ لِيُدْفَعَ إِلَى شَرِيكِهِ حَقُّهُ وَيَأْخُذَ الْبَاقِي ، فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، حَلَفَ وَبَرَّى . فَإِنْ قَالَ : إِنَّمَا دَفَعْتُ إِلَى حَقِّي ، وَإِلَى شَرِيكِي حَقُّهُ . وَلَا بَيِّنَةَ لِلْعَبْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فِي أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ إِلَّا قَدْرَ حَقِّهِ ، مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا نِزَاعَ بَيْنَ الْعَبْدِ وَبَيْنَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ شَيْئًا ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ بِجَمِيعِ حَقِّهِ ، وَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِنِصْفِهِ ، وَمُطَالَبَةُ الْقَابِضِ بِنِصْفِ مَا قَبِضَهُ ، فَإِنْ اخْتَارَ مُطَالَبَةَ الْعَبْدِ ، فَلَهُ الْقَبْضُ مِنْهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، وَإِنْ اخْتَارَ الرُّجُوعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِهِ ، فَلِلشَّرِيكِ عَلَيْهِ الْيَمِينُ أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ مِنَ الْمُكَاتَبِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقْرَ بِذَلِكَ لَسَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الرُّجُوعِ ، فَإِذَا أَنْكَرَهُ لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ . فَإِنْ شَهِدَ الْقَابِضُ عَلَى شَرِيكِهِ بِالْقَبْضِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ ؛ لِمُعْنَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ شَيْئًا ، وَإِنَّمَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ إِذَا شَهِدَتْ بِصِدْقِ الْمُدَّعَى . الثَّانِي ، أَنَّهُ يَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهِ مَغْرَمًا . فَإِنْ عَجَزَ الْعَبْدُ فَلِغَيْرِ الْقَابِضِ أَنْ يَسْتَرْقَ نِصْفَهُ ، وَيُقَوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مُعْتَرِفٌ بِرَقِّهِ ، غَيْرُ مُدَّعٍ لِحُرِّيَّةِ هَذَا النَّصِيبِ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقَوِّمَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْقَابِضَ يَدَّعِي حُرِّيَّةَ جَمِيعِهِ ، وَالْمُنْكَرُ يَدَّعِي مَا يُوجِبُ رِقَّ جَمِيعِهِ ، فَإِنَّهُمَا

يقولان : ما قَبَضَهُ قَبَضَهُ بغيرِ حَقٍّ ، فلا يَعْتِقُ حتى يُسَلِّمَ إلىِّ مِثْلَ ما سَلَّمَ إليه . وإذا كان أحدهما يَدْعِي رِقًّا^(١) جَمِيعِهِ ، والآخَرُ يَدْعِي^(٢) حُرِّيَّةَ جَمِيعِهِ^(٣) ، فما اتَّفَقَا على حُرِّيَّةِ البعضِ دُونَ البعضِ .

فصل : وإنِ اعْتَرَفَ الْمُدَّعَى [عَلَيْهِ]^(٣) بِقَبْضِ الْمَائَةِ ، على الْوَجْهِ الذى ادَّعَاهُ الْمُكَاتَبُ ، وقال : قد دَفَعْتُ إلى شَرِيكِي نِصْفَهَا . فَأَنْكَرَ الشَّرِيكُ ، فالقولُ قولُهُ مع يَمِينِهِ ، وله مُطَالَبَةٌ مَنْ شاءَ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ حَقِّهِ ، ولِلْمَرْجُوعِ عَلَيْهِ أنْ يُحْلِفَهُ ، فَإِنْ رَجَعَ على الشَّرِيكِ فَأَخَذَ مِنْهُ خَمْسِينَ ، كانَ له ذلك ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِقَبْضِ الْمَائَةِ كُلِّهَا ، وَيَعْتِقُ الْمُكَاتَبَ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إلى كُلِّ واحدٍ مِنْهُمَا قَدْرَ حَقِّهِ مِنَ الْكِتَابَةِ ، ولا يَرْجِعُ الشَّرِيكُ عَلَيْهِ بشيءٍ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرِفُ له بِإِدَاءِ ما عَلَيْهِ وَبِرَأْوَتِهِ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا يَزْعُمُ أَنَّ شَرِيكَه ظَلَمَهُ ، فلا يَرْجِعُ على غيرِ ظالِمِهِ . وَإِنْ رَجَعَ على الْعَبْدِ ، فله أنْ يأخُذَ مِنْهُ الْخَمْسِينَ ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ ما قَبَضَ شَيْئاً مِنْ كِتَابَتِهِ ، ولِلْعَبْدِ الرُّجُوعُ على الْقَابِضِ بِهَا ، سِوَاءَ صَدَقَهُ فى دَفْعِهَا إلى الْمُنْكَرِ أو كَذَّبَهُ ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ دَفَعَهَا فَقَدْ دَفَعَهَا دَفْعاً غَيْرَ مُبَرَّرٍ ، فَكانَ مُفَرِّطاً ، وَيَعْتِقُ الْعَبْدَ بِأَدَائِهَا ، فَإِنْ عَجَزَ عن أدائها فله أنْ يأخُذَهَا مِنَ الْقَابِضِ ثُمَّ يُسَلِّمَهَا ، فَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ، فله تَعْجِيزُهُ واسْتِرْقَاقُ نِصْفِهِ ومُشارَكَةُ الْقَابِضِ فى الْخَمْسِينَ التى قَبَضَهَا

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى م : « جزأه » .

(٣) زيادة يستقيم بها المعنى .

فَصْلٌ : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يُنْكِرُهَا . المقنع

الشرح الكبير عَوْضًا عَنْ نَصِيهِهِ ، وَيُقَوِّمُ عَلَى الشَّرِيكِ الْقَابِضِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ [٦٧/٦ ظ] الْعَبْدُ يُصَدِّقُهُ فِي دَفْعِ الْخَمْسِينَ إِلَى شَرِيكِهِ ، فَلَا يُقَوِّمُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرِفُ أَنَّهُ حُرٌّ وَأَنَّ هَذَا ظَلَمَهُ بِاسْتِرْقَاقِ نِصْفِهِ الْحُرِّ . وَإِنْ أُمِّكَنْ الرُّجُوعُ عَلَى الْقَابِضِ بِالْخَمْسِينَ وَدَفَعَهَا إِلَى الْمُنْكَرِ ، فَاِمْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ ، فَهَلْ يَمْلِكُ الْمُنْكَرُ تَعْجِيزَهُ وَاسْتِرْقَاقَ نِصْفِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ فِي تَعْجِيزِ الْعَبْدِ نَفْسَهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَدَاءِ ، إِنْ قُلْنَا : لَهُ ذَلِكَ . فَلِلْمُنْكَرِ اسْتِرْقَاقُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . فَلَيْسَ لِلْمُنْكَرِ اسْتِرْقَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الْأَدَاءِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا يَرْجِعُ الْمُنْكَرُ عَلَى الْقَابِضِ بِنِصْفِ مَا قَبَضَهُ إِذَا اسْتَرَقَّ نِصْفَ الْعَبْدِ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ بِهَا لَكَانَ قَابِضًا جَمِيعَ حَقِّهِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَيَعْتَقُ الْمُكَاتَبُ بِذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَتَعَذَّرَ قَبْضُهَا فِي نُجُومِهَا ، فَتَنْفَسِخَ الْكِتَابَةُ ، ثُمَّ يُطَالِبُ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، فَيَكُونُ لَهُ الرُّجُوعُ بِنِصْفِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ غَائِبَةً فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَتَعَذَّرَ تَسْلِيمُهَا حَتَّى فُسِّخَتِ الْكِتَابَةُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يُنْكِرُهَا) لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ .

قوله : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يُنْكِرُهَا . بلا نزاع . الإنصاف

المقنع وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ عَوْضِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٣٠٣٥ - مسألة : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ عَوْضِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ) إِذَا اِخْتَلَفَا فِي عَوْضِ الْكِتَابَةِ ، فَقَالَ السَّيِّدُ : كَاتَبْتُكَ عَلَى أَلْفَيْنِ . وَقَالَ الْمُكَاتَبُ : عَلَى أَلْفٍ . فَعَنَى ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا الْمَذْهَبُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْكَوْسَجِ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : اتَّفَقَ أَحْمَدُ وَالشَّافِعِيُّ عَلَى أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّهُمَا اِخْتَلَفَا فِي عَوْضِ الْعَقْدِ الْقَائِمِ بَيْنَهُمَا ، فَيَتَحَالَفَانِ إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، كَالْمُتَبَايَعِينَ . وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً ثَالِثَةً ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلْأَلْفِ الزَّائِدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ ؛ لِأَنَّهُ مُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(١) . وَوَجْهُ الْأَوَّلَى ، أَنَّهُ اِخْتِلَافٌ فِي الْكِتَابَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ فِيهِ ، كَمَا لَوْ اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا ، وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبَيْعِ عَدَمُ

الإنصاف

وقوله : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ عَوْضِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ، فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْكَوْسَجِ . وَجَزَمَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَغَيْرُهُمْ .

(١) تقدم تخريجه في ٤٧٨/١٢ .

مِلْكُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمَّا صَارَ إِلَيْهِ ، وَالْأَصْلُ فِي الْمُكَاتَبِ وَكَسْبِهِ أَنَّهُ لِسَيِّدِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيهِ . الثَّانِي ، أَنَّ التَّحَالَفَ فِي الْبَيْعِ مُفِيدٌ ، وَلَا فَائِدَةَ فِي التَّحَالَفِ فِي الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّ الْحَاصِلَ مِنْهُ يَحْصُلُ بَيِّمِينَ السَّيِّدِ وَخَذَهُ ، وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّ الْحَاصِلَ بِالتَّحَالَفِ فَسُخِ الْكِتَابَةِ وَرَدُّ الْعَبْدِ إِلَى الرَّقِّ إِذَا لَمْ يَرْضَ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ ، وَهَذَا يَحْصُلُ عِنْدَ مَنْ جَعَلَ الْقَوْلَ قَوْلَ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَلَا يُشْرَعُ بِالتَّحَالَفِ مَعَ عَدَمِ فَائِدَتِهِ . وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا قَوْلَ الْمُتَكْرِ فِي سَائِرِ الْمَوَاضِعِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ ، وَالْأَصْلُ هُنَا مَعَ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مِلْكُهُ لِلْعَبْدِ وَكَسْبِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، [٦٨/٦ و] فَمَتَى حَلَفَ السَّيِّدُ ثَبَتَتْ الْكِتَابَةُ بِالْفَيْنِ ، كَمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَيْهَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا قَبْلَ الْعِتْقِ أَوْ بَعْدَهُ ، مِثْلُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ الْفَيْنَ فَيُعْتَقَ ، ثُمَّ يَدَّعَى الْمُكَاتَبُ أَنَّ أَحَدَهُمَا عَنْ الْكِتَابَةِ وَالْآخَرَ وَدِيعَةً ، وَيَقُولُ السَّيِّدُ : بَلِ هُمَا ^(١) جَمِيعًا مَالُ الْكِتَابَةِ . وَمَنْ قَالَ بِالتَّحَالَفِ ، قَالَ : إِذَا تَحَالَفَا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسُخُ الْكِتَابَةِ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى بِقَوْلِ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ كَانَ التَّحَالَفُ بَعْدَ الْعِتْقِ فِي مِثْلِ الصُّورَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا لَمْ تَرْتَفِعِ الْحُرِّيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا لَا يُمَكِّنُ رَفْعُهَا بَعْدَ حُصُولِهَا وَلَا إِعَادَةُ الرَّقِّ بَعْدَ رَفْعِهِ ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ السَّيِّدُ بِقِيَمَتِهِ ، وَيَرُدُّ عَلَيْهِ مَا أَدَّى إِلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ تَقَاصًا بِقَدْرِ أَقْلِهِمَا ، وَأَخَذَ ذُو الْفَضْلِ فَضْلَهُ .

وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، الْإِنْصَافِ ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ،

(١) فِي م : هِيَ .

المقنع وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي وَفَاءِ مَالِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ .

الشرح الكبير

٣٠٣٦ - مسألة : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي وَفَاءِ مَالِهَا) ^(١) فقال العبدُ : أَدَيْتُ وَعَتَّقْتُ . وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ (فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ) مع يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي إِبْرَائِهِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مع يَمِينِهِ ؛ لِذَلِكَ .

فصل : إِذَا كَاتَبَ عَبْدَيْنِ ، وَاسْتَوْفَى مِنْ أَحَدِهِمَا ، وَلَمْ يَدْرِ أَيُّهُمَا اسْتَوْفَى ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ عَتَقَ ، وَرَقَّ الْآخَرُ ، كَمَا لَوْ أُعْتِقَ عَبْدًا مِنْ عَبِيدِهِ وَأَنْسِيَهُ . وَإِنْ ادَّعَى الْآخَرُ عَلَيْهِ أَنَّهُ أَدَّى ، فَعَلَيْهِ الْيَمِينَ أَنَّهُ مَا أَدَّى ، فَإِنْ نَكَلَ عَتَقَ الْآخَرُ ، وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْقُرْعَةِ أَقْرَعَ الْوَرِثَةُ . فَإِنْ ادَّعَى الْآخَرُ عَلَيْهِمْ أَنَّهُ الْمُؤَدَّى ، فَعَلَيْهِمُ الْيَمِينَ

الإنصاف

وغيرهم . وصحَّحه في « النَّظْمِ » وغيره . وهو من مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وعنه ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ . اختارها جماعة ؛ منهم الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » ، وَالشَّيرَازِيُّ . وصحَّحها ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكُّرَةِ » . وعنه ، يَتَحَالَفَانِ . اختارها أَبُو بَكْرٍ ، وَقَالَ : اتَّفَقَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَحْمَدُ ، رَحِمَهُمَا اللَّهُ ، عَلَى أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ . وَأَطْلَقَهُنَّ فِي « الْفَائِقِ » ، وَ« الزَّرْكَشِيِّ » . فعلى رِوَايَةِ التَّحَالُفِ ، [١٥٣/٣] إِنْ تَحَالَفَا قَبْلَ الْعِتْقِ ، فُسِّخَ الْعَقْدُ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى أَحَدُهُمَا بِمَا قَالَ صَاحِبُهُ ، وَإِنْ تَحَالَفَا بَعْدَ الْعِتْقِ ، رَجَعَ السَّيِّدُ بِقِيَمَتِهِ ، وَرَجَعَ الْعَبْدُ بِمَا أَدَّاهُ . قوله : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي وَفَاءِ مَالِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ . بلا نزاع .

(١) سقط من الأصل من هنا إلى قوله : « فلا رجوع على السيد » الآتي في صفحة ٤٠٨ .

أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ أَنَّهُ أَدَّى ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ عَلَى نَفْسِ فِعْلٍ الْغَيْرِ . فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ بَيْنَهُ أَنَّهُ أَدَّى عَتَقَ ، سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ الْقُرْعَةِ أَوْ بَعْدَهَا ، فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ . وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقُرْعَةِ ، تَعَيَّنَتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ وَرَقٌّ الْآخَرُ . فَإِنْ كَانَ بَعْدَهَا ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ لَيْسَتْ عِتْقًا ، وَإِنَّمَا هِيَ مُعِينَةٌ لِلْعِتْقِ ، وَالْبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنْهَا ، فَيُثْبِتُ بِهَا خَطَأُ الْقُرْعَةِ ، فَيَتَبَيَّنُ بَقَاءُ الرَّقِّ فِي الذِّى ظَنَّنَا حُرِّيَّتَهُ ، كَمَا تَبَيَّنَا حُرِّيَّةَ مَنْ ظَنَّنَا رِقَّهُ . وَلَئِنْ مَنْ لَمْ يُؤَدِّ لَا يَصِيرُ مُؤَدِّيًا بِوُقُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ ، فَلَا يُوجَدُ حُكْمُهُ الذِّى هُوَ الْعِتْقُ . وَيَتَخَرَّجُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ حَامِدٍ ، أَنْ يَعْتَقَا ، عَلَى مَا نَذَكُرُ فِي الطَّلَاقِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا ذَكَرَ السَّيِّدُ الْمُؤَدِّيَ مِنْهُمَا ، وَمَتَى ادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهُ أَدَّى فَلَهُ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، مِنَ السَّيِّدِ وَالْوَرِثَةِ ، إِلَّا أَنَّ السَّيِّدَ يَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ ، وَأَمَّا الْوَرِثَةُ فَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَ إِلَى مَوْرُوثِهِمْ حَلْفُوا عَلَى نَفْسِ الْعِلْمِ ، وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهِمْ حَلْفُوا عَلَى الْبَتِّ ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرِثَةِ يَمِينٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَلَزِمَتْهُ الْيَمِينُ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِالِدَّعْوَى .

فصل : إِذَا كَانَ لِلْمُكَاتَبِ أَوْلَادٌ مِنْ مُعْتَقَةٍ غَيْرِ سَيِّدِهِ ، فَقَالَ سَيِّدُهُ : قَدْ أَدَّى إِلَى وَعْتَقَ ، فَانْجَرَّ وَلَاءٌ وَلَدِهِ إِلَى . فَأَنْكَرَ ذَلِكَ مَوْلَى أُمِّهِمْ وَكَانَ الْمُكَاتَبُ حَيًّا ، صَارَ حُرًّا بِهَذَا الْقَوْلِ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ مِنْ سَيِّدِهِ بِعِتْقِهِ ، وَيَنْجَرُّ وَلَاءٌ وَلَدِهِ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَوْلَى أُمِّهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الرَّقِّ وَبَقَاءُ وَلَائِهِمْ لَهُ ، فَيَحْلِفُ ، وَيَبْقَى وَلَاؤُهُمْ لَهُ .

فَإِنْ أَقَامَ الْعَبْدُ شَاهِدًا وَحَلَفَ مَعَهُ ، أَوْ شَاهِدًا وَامْرَأَتَيْنِ ، ثَبَتَ الْأَدَاءُ وَعَتَقَ .

٣٠٣٧ - مسألة : (وإن أقام العبد شاهداً وحلف معه ، أو شاهداً وامرأتين ، ثبت الأداء وعتق) وهذه قول الشافعي ؛ لأن النزاع بينهما في أداء المال ، والمال يُقبل فيه الشاهد واليمين ، والرجل والمرأتان . فإن قيل : القصد من هذه الشهادة العتق ، وهو لا يثبت بشاهد ويمين . قلنا : بل يثبت بشاهد ويمين في رواية . وإن سلمنا أن الشهادة لا تثبت ، لكن الشهادة ههنا بأداء المال ، والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول ، ولم يشهد الشاهد به ، ولا بينهما فيه نزاع . ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين ، كما أن الولادة تثبت بشهادة النساء ، ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ، ولا بشاهد واحد .

فصل : فإن لم يكن للعبد شاهد ، وأنكر السيد ، فالقول قوله ، فإن

قوله : فإن أقام العبد شاهداً وحلف معه ، أو شاهداً وامرأتين ، ثبت الأداء وعتق . هذا المذهب مطلقاً ، وعليه الأصحاب ؛ بناءً على أن المال ، وما يقصد به المال ، يُقبل فيه شاهد ويمين . على ما يأتي . والخلاف بينهما هنا في أداء المال . وجزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المعنى » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . وقيل : لا يُقبل في التجم الأخير إلا رجلان ؛ لترتب العتق على شهادتهما ، وبناءً على أن العتق لا يُقبل فيه إلا رجلان . ذكره في « الترغيب » وغيره .

فَصْلٌ : وَالْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ - مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى خَمْرِ ، المقنع

قال : لى شاهدٌ غائبٌ . أَنْظِرْ ثَلَاثًا ، فَإِنْ جَاءَ ، وَإِلَّا حَلَفَ السَّيِّدُ . ثُمَّ مَتَى جَاءَ شَاهِدُهُ وَأَدَّى الشَّهَادَةَ ، ثَبَّتَ حُرِّيَّتَهُ . وَإِنْ جُرِحَ شَاهِدُهُ ، فَقَالَ : لى شاهدٌ آخَرُ . أَنْظِرْ ثَلَاثًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ أَقْرَأَ السَّيِّدُ بِقَبْضِ مَالِ الْكِتَابَةِ عَتَقَ الْعَبْدُ ، إِذَا كَانَ مِمَّنْ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ . وَإِنْ أَقْرَأَ بِذَلِكَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ قَبْلَ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَغَيْرِ وَارِثٍ ، فَيُقْبَلُ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ كِتَابَتِي كُلَّهَا . عَتَقَ الْعَبْدُ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُهَا كُلَّهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ . أَوْ : إِنْ شَاءَ زَيْدٌ . عَتَقَ ، وَلَمْ يُؤْثَرْ الِاسْتِثْنَاءُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الِاسْتِثْنَاءَ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي الْإِقْرَارِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ إِلَى طَالِبٍ : إِذَا قَالَ : لَهُ أَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ . كَانَ مُقْرَأًا بِهَا . وَلِأَنَّ هَذَا الِاسْتِثْنَاءَ تَعْلِيلٌ بِشَرَطٍ ، وَالَّذِي يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ إِنَّمَا هُوَ الْمُسْتَقْبَلُ ، وَأَمَّا الْمَاضِي فَلَا يُمَكِّنُ تَعْلِيلَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَقَعَ عَلَى صِفَةٍ لَا يَتَغَيَّرُ عَنْهَا بِالشَّرْطِ ، وَإِنَّمَا يَدُلُّ الشَّرْطُ عَلَى الشَّكِّ فِيهِ ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ كِتَابَتِي ، وَأَنَا أَشْكُ فِيهِ . فَيَلْعَوُ الشَّكُّ ، وَيَثْبُتُ الْإِقْرَارُ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ آخَرَ كِتَابَتِي . وَقَالَ : إِنَّمَا أَرَدْتُ أَنِّي اسْتَوْفَيْتُ النَّجْمَ الْآخِرَ دُونَ مَا قَبْلَهُ . وَادَّعَى الْعَبْدُ إِقْرَارَهُ بِاسْتِيفَاءِ الْكُلِّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ اعْرَفَ بِمُرَادِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَالْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ - مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى

قوله : وَالْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ ، مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ، يُغْلَبُ فِيهَا حُكْمُ الْإِنْصَافِ الصِّفَةِ . وَكَذَا لَوْ كَانَ الْعَوَضُ مَجْهُولًا ، أَوْ شَرَطَ فِيهَا مَا يُنَافِيهَا ، وَقُلْنَا : تَفْسُدُ

المقنع أو خنزير - يُعَلَّبُ فِيهَا حُكْمُ الصِّفَةِ ، فِي أَنَّهُ إِذَا أَدَّى عَتَقَ ، وَلَا يَعْتَقُ بِالْإِبْرَاءِ .

الشرح الكبير خَمَرٌ ، أو خِنْزِيرٌ - يُعَلَّبُ فِيهَا حُكْمُ الصِّفَةِ ، فِي أَنَّهُ إِذَا أَدَّى عَتَقَ ، وَلَا يَعْتَقُ بِالْإِبْرَاءِ (إِذَا كَاتَبَهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً عَلَى عَوَضٍ مَجْهُولٍ ، أَوْ حَالٍّ ، أَوْ مُحَرَّمٍ ، كَالْخَمَرِ وَالْخِنْزِيرِ ، فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى الْعَوَضِ الْمُحَرَّمِ بَاطِلَةٌ ، لَا يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ فِيهَا . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ فَإِنَّهُ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا كَاتَبَهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً ، فَأَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، عَتَقَ ، مَا لَمْ تَكُنِ الْكِتَابَةُ مُحَرَّمَةً . فَحَكَّمَ بِالْعَتَقِ بِالْأَدَاءِ ، إِلَّا فِي الْمُحَرَّمَةِ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ ، كَسَائِرِ الْكِتَابَاتِ الْفَاسِدَةِ . وَيُمْكِنُ حَمْلُ كَلَامِ الْقَاضِي عَلَى مَا إِذَا جَعَلَ السَّيِّدُ الْأَدَاءَ شَرْطًا لِلْعَتَقِ ، فَقَالَ : إِذَا أَدَّيْتُ لِي فَأَنْتَ حُرٌّ . فَأَدَّى ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ بِالصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَيُثْبِتُ فِي هَذِهِ الْكِتَابَةِ حُكْمَ الصِّفَةِ فِي الْعَتَقِ بِوُجُودِهَا ، لَا حُكْمَ الْكِتَابَةِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ شَرْطًا فَاسِدًا ، فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يُفْسِدُهَا ، لَكِنْ يُلْغُو الشَّرْطَ وَتَصِحُّ الْكِتَابَةُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُفْسِدَهَا ؛ بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

الإنصاف بِفَسَادِ الشَّرْطِ فِي وَجْهِهِ . عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، يُعَلَّبُ حُكْمُ الصِّفَةِ فِي كُلِّ ذَلِكَ ؛ فِي أَنَّهُ إِذَا أَدَّى ، عَتَقَ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ ، فَهِيَ جَائِزَةٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » .

فَأَمَّا الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ الَّتِي لَا (١) يَكُونُ عِوَضُهَا (٢) مُحَرَّمًا ، فَإِنَّهَا تُسَاوِي الصَّحِيحَةَ فِي أَرْبَعَةِ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يَعْتَقُ بِأَدَاءِ (٣) مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، سِوَاءٍ صَرَّحَ بِالصَّفَةِ ، بِأَن يَقُولَ : إِذَا أَدَّيْتُ إِلَى فَائِتٍ حُرٌّ . أَوْ لَمْ يَقُلْ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْكِتَابَةِ يَقْتَضِي هَذَا ، فَيَصِيرُ كَالْمُصَرَّحِ بِهِ ، فَيَعْتَقُ بِوُجُودِهِ ، كَالصَّحِيحَةِ . الثَّانِي ، إِذَا أَعْتَقَهُ بِالْأَدَاءِ لَمْ تَلْزَمْهُ قِيَمَةُ نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَرْجَعْ عَلَى سَيِّدِهِ بِمَا أَعْطَاهُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَتَرَا جَعَان ، فَيَجِبُ عَلَى الْعَبْدِ قِيَمَتُهُ وَعَلَى السَّيِّدِ مَا أَخَذَهُ ، فَيَتَقَاصَّانَ بِقَدْرِ أَقْلِهِمَا إِنْ كَانَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَيَأْخُذُ ذُو الْفَضْلِ فَضْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَاسِدٌ ، فَوَجِبَ التَّرَاجُعُ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدُ كِتَابَةٍ حَصَلَ الْعِتْقُ فِيهِ بِالْأَدَاءِ ، فَلَمْ يَجِبِ التَّرَاجُعُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْعَقْدُ

وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَالْإِنْصَافِ ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْذَهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » ، وَ « الْحَاوِي » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، بُطْلَانُ الْكِتَابَةِ مَعَ تَحْرِيمِ الْعِوَضِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » : وَهُوَ الْأَظْهَرُ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : الْمَنْصُوصُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّ الْعَقْدَ يَبْطُلُ مِنْ أَصْلِهِ . وَأَوَّلُ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ النَّصْرُ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ الْكَبِيرِ » : الْمُغْلَبُ فِي الْكِتَابَةِ عَلَى عِوَضٍ مَجْهُولٍ الْمُعَاوَضَةُ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى الْوَارِثِ .

(١ - ١) فِي م : « تَكُونُ عِوَضًا » . وَانْظُرِ الْمُبْدَعُ ٣٦٧/٦ .

(٢) سَقَطَ مِنَ النُّسخَتَيْنِ ، وَانْظُرِ الْمَغْنَى ٥٧٦/١٤ .

صَحِيحًا ، ولأنَّ ما يأخذه السيدُ فهو من كَسَبِ عَبْدِهِ الذي يَمْلِكُ^(١) كَسَبَهُ ، فلم يَجِبْ رَدُّهُ ، والعبدُ عَتَقَ بالَصَّفَةِ ، فلم تَجِبْ عليه قيمتهُ ، كما لو قال : إن دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ . وأَمَّا البَيْعُ الفاسِدُ ، فإنه إن كان بينَ هذا وسيده ، فلا رُجُوعَ على السيدِ^(٢) بما أَخَذَهُ . وإن كان بينه وبينَ غيره ، فإنه أَخَذَ ما لا يَسْتَحِقُّهُ ودَفَعَ إلى الآخرِ ما لا يَسْتَحِقُّهُ ، بِعَقْدٍ المَقْصُودُ منه المُعَاوَضَةُ ، بخِلافِ هذا في مَسْأَلَتِنَا . الثالثُ ، أنَّ المُكَاتَبَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في كَسَبِهِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ تَضَمَّنَ الإِذْنَ في ذلك ، وله أَخْذُ الصَّدَقَاتِ والزَّكَاةِ ؛ لأنَّهُ مُكَاتَبٌ يَعْتِقُ بالأداءِ ، أَشْبَهَ الكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ . الرابعُ ، أَنَّهُ إذا كَاتَبَ جَمَاعَةً كِتَابَةً فاسِدَةً ، فَأَدَّى أَحَدُهُمْ حِصَّتَهُ^(٣) ، عَتَقَ ، على قولٍ مَنْ قال : إِنَّهُ يَعْتِقُ^(٤) (في الكِتَابَةِ) الصَّحِيحَةَ بأداءِ حِصَّتِهِ ؛ لأنَّ مَعْنَى العَقْدِ أَنَّ كُلَّ واحدٍ منهم مُكَاتَبٌ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، متى أَدَّى إلى كُلِّ واحدٍ منكم^(٥) قَدْرَ حِصَّتِهِ فهو حُرٌّ . وَمَنْ قال : لا يَعْتِقُ في الصَّحِيحَةِ^(٥) إِلَّا أَنْ يُؤَدَّى جَمِيعُهُمْ . فهذهنا أَوَّلَى .

فائدَتَانِ ؛ إحداهما ، قال في « القَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ : إِنَّ الكِتَابَةَ إذا لم تُكُنْ مُنْجَمَةً باطِلَةً مِنْ أَصْلِهَا . مع قَوْلِهِمْ في الكِتَابَةِ على عِوَضٍ مَجْهُولٍ :

(١) كذا في النسختين . وفي المغني ٥٧٧/١ : « لم يملك » .

(٢) إلى هنا ينتهي السقوط من الأصل .

(٣) في م : « حصتهم » .

(٤ - ٤) في م : « بالكتابة » .

(٥) في الأصل : « الصحيح » .

الشرح الكبير

فصل : وتُفَارِقُ الصَّحِيحَةَ فِي ثَلَاثَةِ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا أَبْرَاهُ مِنَ الْمَالِ لَمْ تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ ، وَلَمْ يَعْتَقْ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الْعَقْدِ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ، وَصَارَ هَذَا كَالصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ فِي قَوْلِهِ : إِذَا أُدِّيَتْ إِلَى الْفَأْ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . الثَّانِي ، أَنَّ (لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ) السَّيِّدِ وَالْمُكَاتَبِ (فَسَخَهَا) سَوَاءً كَانَ ثُمَّ صِفَةً أَوْ لَمْ تَكُنْ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَ لَا يَلْزَمُ حُكْمُهُ ، وَالصِّفَةُ هُنَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ وَتَابِعَةٌ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ هِيَ الْمَقْصُودُ^(١) ، فَلَمَّا أَبْطَلَ الْمُعَاوَضَةَ الَّتِي هِيَ الْأَصْلُ ، بَطَلَتِ الصِّفَةُ الْمَبْنِيَّةُ عَلَيْهَا ، بِخِلَافِ الصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، وَلِأَنَّ السَّيِّدَ لَمْ يَرْضَ بِهِذِهِ الصِّفَةِ إِلَّا بِأَنْ يُسَلَّمَ لَهُ الْعَوَضُ الْمُسَمَّى ، فَإِذَا لَمْ يُسَلَّمْ كَانَ لَهُ إِبْطَالُهَا ، بِخِلَافِ الصَّحِيحَةِ ، فَإِنَّ الْعَوَضَ سَلَّمَ لَهُ ، فَكَانَ الْعَقْدُ لَازِمًا لَهُ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ السَّيِّدَ أَنْ يُودِيَ إِلَيْهِ شَيْئًا مِنَ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ هُنَا بِالصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : إِذَا أُدِّيَتْ إِلَى الْفَأْ فَأَنْتَ حُرٌّ .

يُغْلَبُ فِيهَا حُكْمُ الصِّفَةِ . مُشْكِلٌ جِدًّا ، وَكَانَ الْأَوَّلَى ، إِذَا كَانَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا ، أَنْ يُغْلَبَ فِيهَا حُكْمُ الصِّفَةِ أَيْضًا . الثَّانِيَةُ ، قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ وَغَيْرُهُ : إِذَا كَانَتِ الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ بِعَوَضٍ مُحَرَّمٍ ، فَإِنَّهَا تُسَاوِي الصَّحِيحَةَ فِي أَرْبَعَةِ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يَعْتَقُ بِإِدَاءِ مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ مُطْلَقًا . الثَّانِي ، إِذَا أَعْتَقَهُ بِالْإِدَاءِ ، لَمْ يَلْزَمَهُ قِيَمَةُ نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَرْجَعْ عَلَى سَيِّدِهِ . الثَّالِثُ ، يَمْلِكُ الْمُكَاتَبُ التَّصَرُّفَ

(١) فِي م : « الْمَقْصُودَةُ » .

المقنع وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَجُنُونِهِ ، وَالْحَجَرِ لِلْسَّفْهِ «وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا» .

الشرح الكبير ٣٠٣٨ - مسألة : (وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَجُنُونِهِ ، وَالْحَجَرِ لِلْسَّفْهِ) اخْتِلَفَ فِي أَنْفَسَاخِهَا بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، فَذَهَبَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ إِلَى بُطْلَانِهَا بِهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، لَا يَتَوَلَّى

الإنصاف فِي كَسْبِهِ ، وَلَهُ أَخْذُ الصَّدَقَاتِ وَالزُّكُوتِ . الرَّابِعُ ، إِذَا كَاتَبَ جَمَاعَةً كِتَابَةً فَاسِدَةً ، فَأَدَّى أَحَدُهُمْ حِصَّتَهُ ، عَتَقَ عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يَعْتِقُ فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ بِأَدَاءِ حِصَّتِهِ ، وَمَنْ لَا ، فَلَا هُنَا . وَتُفَارِقُ الصَّحِيحَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، إِذَا أَبْرَأَهُ ، لَمْ يَصِحَّ وَلَمْ يَعْتِقْ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَاخْتَارَ فِي «الْإِنْتِصَارِ» ؛ إِنْ أَتَى بِالتَّعْلِيقِ ، لَمْ يَعْتِقْ بِالْإِبْرَاءِ ، وَإِلَّا عَتَقَ . الثَّانِي ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا . الثَّلَاثُ ، لَا يُلْزَمُ السَّيِّدُ أَنْ يُوَدَّى إِلَيْهِ شَيْئًا مِنَ الْكِتَابَةِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْوَجِيزِ» . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُلْزَمُهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الرُّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَ«الْفَائِقِ» .

قوله : وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَجُنُونِهِ ، وَالْحَجَرِ لِلْسَّفْهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْكَافِي» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي «شَرْحِهِ» : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ فِي الْأَنْفَسَاخِ بِالْمَوْتِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا

(١-١) ليس في متن المبدع ٣٦٧/٦ ، وقد أوردته صاحب الشرح في أثناء الكلام عما تفارق فيه الكتابة الفاسدة الكتابة الصحيحة من أحكام ، في صفحة ٤٠٩ ، ولم يورده في المسائل .

وَيَمْلِكُ السَّيِّدُ أَخْذَ مَا فِي يَدِهِ ، وَإِنْ فَضَّلَ عَنْ الْأَدَاءِ فَضْلُ الْمُقْتَنِعِ

الشرح الكبير

إلى اللزوم ، فَبَطُلَ بِالْمَوْتِ ، كَالْوَكَالَةِ ، وَلَأَنَّ [٦٨/٦ ظ] الْمُعْلَبُ فِيهَا حَكْمُ الصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، وَالصِّفَةُ تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ ، كَذَلِكَ هَذِهِ الْكِتَابَةُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ ، وَيَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى الْوَارِثِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ مُكَاتَبٌ يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى السَّيِّدِ ، فَيَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى الْوَارِثِ ، كَالْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ، («لَأَنَّ الْفَاسِدَةَ كَالصَّحِيحَةِ») فِي بَابِ الْعِتْقِ بِالْأَدَاءِ ، فَكَذَلِكَ فِي هَذَا . وَاخْتَلَفَ فِي أَنْفَسَاخِهَا بِجُنُونِ السَّيِّدِ وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ لِّلْسَفَةِ (١) ، وَالْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي بُطْلَانِهَا بِمَوْتِهِ . قَالَ شَيْخُنَا (٢) : وَالْأَوَّلَى أَنَّهَا لَا تَبْطُلُ هُنَا ؛ («لَأَنَّ الصِّفَةَ») الْمُجَرَّدَةَ لَا تَبْطُلُ (٣) ، بِذَلِكَ ، وَالْمُعْلَبُ فِي هَذِهِ الْكِتَابَةِ حَكْمُ الصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، فَلَا تَبْطُلُ بِهِ . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ أَدَّى إِلَى سَيِّدِهِ بَعْدَ ذَلِكَ عَتَقَ ، وَلَا يَعْتَقُ عِنْدَ مَنْ أَبْطَلَهَا .

فصل : (وَيَمْلِكُ السَّيِّدُ أَخْذَ مَا فِي يَدِهِ ، وَإِنْ فَضَّلَ عَنْ الْأَدَاءِ فَضْلُ

الْإِنْصَافِ تَنْفَسَخُ بِالْمَوْتِ ، وَلَا بِالْجُنُونِ ، وَلَا بِالْحَجَرِ ، وَيَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى الْوَارِثِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَالْأَوَّلَى أَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالْحَجَرِ وَالْجُنُونِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » . قَوْلُهُ : وَإِنْ فَضَّلَ عَنْ الْأَدَاءِ فَضْلُ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ . يَعْنِي ، فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) في : المغنى ٥٧٨/١٤ .

(٤ - ٤) في م : « إلا بالصفة » .

وَهَلْ يَتَّبِعُ الْمُكَاتَبَةُ وَلَدَهَا فِيهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَالَ

فهو لسيده (هذا قول أبي الخطّاب ؛ لأنّ كَسَبَ العبد لسيده بحكم الأصل ، والعقد ههنا فاسدٌ ، لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته ، فلم يُنقل الملك في المعوض ، كسائر العقود الفاسدة ، ولأنّ المُعْلَبَ فيها حكمُ الصفة المُجرّدة ، وهي لا تثبت له في كسبه ، فكذا ههنا . وفارق الكتابة الصحيحة ، فإنّها أثبتت الملك^(١) في العوض فاثبتته في المعوض . وقال القاضي : ما في يد المُكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الأداء له . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنّها كتابة يعتق بالأداء فيها ، فيثبت هذا الحكم فيها ، كالصحيحة . والأول أصح ؛ لما بين الفاسدة والصحيحة من الفروق .

٣٠٣٩ - مسألة : (وهل يتبع المُكاتبَة ولدها فيها ؟ على وجهين)

وهو المذهب . اختاره المُصنّف ، والشارح ، وابنُ عبدُوس في « تذكيرته » ، وأبو الخطّاب . وجزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « النظم » ، و « الوجيز » . وقدمه في « الشرح » . وقال القاضي : ما في يد المُكاتب ، وما يكسبه ، وما يفضل في يده بعد الأداء فهو له . وأطلقهما في « المُحرّر » ، و « الفروع » ، و « الفائق » . وأطلق في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « النظم » ، و « الفائق » الوجهين فيما يكسبه . وكلامه في « الرعايتين » ، و « الحاوي » كالمُتناقض ؛ فإنهما جزماً بأنّ لسيده أخذ ما معه قبل الأداء ، وما فضل بعده ، [١٥٤/٣] وقال قبل ذلك : وفي تبعية الكسب وجهان .

قوله : وهل يتبع المُكاتبَة ولدها فيها ؟ على وجهين . وأطلقهما في « الهداية » ،

(١) في م : « الكتابة » .

أَبُو بَكْرٍ : لَا تَنْفَسِخْ [١٩٩ ط] بِالْمَوْتِ وَلَا الْجُنُونِ وَلَا
الْحَجَرِ ، وَيَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى الْوَارِثِ .

الشرح الكبير

أحدهما ، يَتَّبِعُهَا ؛ لِأَنَّهَا كِتَابَةٌ تَعْتَقُ فِيهَا بِالْأَدَاءِ ، فَيَعْتَقُ وَلَدَهَا بِهِ ، كَالكِتَابَةِ
الصَّحِيحَةِ . وَالثَّانِي ، لَا يَتَّبِعُهَا . وَهُوَ أَقْيَسُ وَأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الرَّقِّ
فِيهِ ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِنَصٍّ أَوْ مَعْنَى نَصٍّ ، وَمَا وَجَدَ وَاحِدًا مِنْهُمَا ، وَلَا يَصِحُّ
الْقِيَاسُ عَلَى الْكِتَابَةِ ^(١) الصَّحِيحَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا فِيمَا تَقَدَّمَ ،
فَيَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ .

٣٠٤٠ - مسألة : (وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا تَنْفَسِخْ) بِمَوْتِ السَّيِّدِ ،
وَلَا جُنُونِهِ ، وَلَا الْحَجَرِ عَلَيْهِ لِلْسَّفَهَةِ . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ،
و « النَّظْمِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ،
و « الْفَائِقِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّي » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَتَّبِعُهَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي
« الْمُعْنَى » ، وَالشَّارِحُ : هَذَا أَقْيَسُ وَأَصَحُّ . وَكَذَا قَالَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » .
الثَّانِي ، يَتَّبِعُهَا . قَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْحَادِيَةِ وَالْعَشْرِينَ » : إِنْ قُلْنَا : هُوَ جُزْءٌ مِنْهَا .
تَبَعُهَا ، وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ كَسْبٌ . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى سَلَامَةِ الْأَكْسَابِ فِي الْكِتَابَةِ
الْفَاسِدَةِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَكَاتِبَةُ » .

فائدة : هل تصيرُ أُمٌّ وَلَدٍ إذا أُولَدَهَا فيها ، أُمٌّ لا ؟ على وَجْهَيْنِ . وأُطْلَقَ هُما في «الرُّعَايَتَيْنِ» ، و «الحَاوِي الصَّغِيرِ» ، و «الفُرُوعِ» ، و «الفَائِقِ» ، و «النَّظْمِ» . وفي الصُّحَّةِ هُنا وَجْهٌ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَإِنْ مَنَعْنَاهَا فِي غَيْرِهِ .

بَابُ أَحْكَامِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ

بَابُ أَحْكَامِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ

أُمُّ الْوَلَدِ هِيَ الَّتِي وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فِي مِلْكِهِ . وَلَا خِلَافَ فِي إِبَاحَةِ التَّسَرُّيِّ وَوُطْءِ الْإِمَاءِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ ^(١) . وَقَدْ كَانَتْ مَارِيَةُ الْقِبْطِيَّةُ أُمًّا وَلَدَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، ^(٢) وَهِيَ أُمُّ ^(٣) إِبْرَاهِيمَ ^(٤) بْنِ النَّبِيِّ ﷺ ، ^(٥) الَّتِي قَالَ فِيهَا النَّبِيُّ ﷺ : « أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا » ^(٦) . وَكَانَتْ هَاجِرُ سُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، أُمُّ إِسْمَاعِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ . وَكَانَ لِعَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أُمَّهَاتُ أَوْلَادٍ أَوْصَى لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ بِأَرْبَعِمِائَةٍ ^(٧) ، وَكَانَ لَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أُمَّهَاتُ أَوْلَادٍ ^(٨) ، وَلَكَثِيرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ . وَكَانَ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ ، وَالْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَسَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، مِنْ أُمَّهَاتِ أَوْلَادٍ . وَيُرْوَى أَنَّ النَّاسَ لَمْ [٦٩/٦ و] يَكُونُوا يَرْغُبُونَ فِي أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ

بَابُ أَحْكَامِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ

- (١) سورة المؤمنون ٥ ، ٦ ، سورة المعارج ٢٩ ، ٣٠ .
 (٢ - ٣) سقط من : الأصل .
 (٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤١/٢ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٣٤٦/١٠ . وضعفه الحافظ في : تلخيص الحبير ٢١٨/٤ .
 (٤) تقدم تخريجه في ٢٨٦/١٧ . وفيه أنه أوصى لمن بأربعة آلاف أربعة آلاف .
 (٥) انظر ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٢٨٨/٧ .

وَإِذَا عَلِقَتِ الْأُمَّةُ مِنْ سَيِّدِهَا ، فَوَضَعَتْ مِنْهُ مَا يَتَبَيَّنُ فِيهِ
بَعْضُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ، صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَدٍ ، فَإِذَا مَاتَ

حتى وَلَدَهُ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةُ ، فَرَعِبَ النَّاسُ فِيهِنَّ . وَرَوَى عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ،
قال : كان لابنِ رَوَاحَةَ جَارِيَةٌ ، وكان يُرِيدُ الْخُلُوةَ بِهَا ، وكانتِ امْرَأَتُهُ
تَرْصُدُهُ ، فَخَلَا الْبَيْتُ فَوَقَعَ عَلَيْهَا ، فَذَرَتْ بِهِ ^(١) امْرَأَتُهُ ، فقالت :
أَفَعَلْتَهَا ؟ قال : مَا فَعَلْتُ . قالت : فَأَقْرَأْ إِذَا . فقال :

شَهِدْتُ بَأَنَّ وَعَدَ اللَّهِ حَقٌّ وَأَنَّ النَّارَ مَثْوَى الْكَافِرِينَ ^(٢)
وَأَنَّ الْعَرْشَ فَوْقَ الْمَاءِ طَافٍ وَفَوْقَ الْعَرْشِ رَبُّ الْعَالَمِينَ
وَتَحْمِلُهُ مَلَائِكَةُ شِدَادٍ مَلَائِكَةُ الْإِلَهِ مُسَوِّمِينَ ^(٣)

قالت : أما إِذَا قَرَأْتَ فَادْهَبْ . فَأَتَى النَّبِيُّ ﷺ ، فَأُخْبِرَهُ ، قال : فَلَقَدْ
رَأَيْتُهُ يَضْحَكُ حَتَّى تَبْدُو ^(٤) نَوَاجِذَهُ ، ويقولُ : « هَيْه ، كَيْفَ
قُلْتَ ؟ » . فَأَكْرَرَهُ عَلَيْهِ ، فَيَضْحَكُ ^(٥) .

٣٠٤١ - مسألة : (إِذَا حَمَلَتِ الْأُمَّةُ مِنْ سَيِّدِهَا ، فَوَضَعَتْ مِنْهُ مَا
يَتَبَيَّنُ فِيهِ بَعْضُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ، صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَدٍ ، فَإِذَا مَاتَ عَتَقَتْ

تَنْبِيهِ : عُمُومُ قَوْلِهِ : وَإِذَا عَلِقَتِ الْأُمَّةُ مِنْ سَيِّدِهَا . يَشْمَلُ ، سواءً كانتِ فِرَاشًا ،
أَوْ مُزَوَّجَةً . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ،

(١) نذرت به : علمت به .

(٢) فِي النَّسَخَتَيْنِ : « الظَّالِمِينَ » وَالتَّصْوِيبُ مِنْ دِيَوَانِهِ ، وَكَذَلِكَ مِنَ الْمَغْنَى ٥٨١/١٤ .

(٣) الْأَبْيَاتُ فِي دِيَوَانِهِ ١٦٥ . وَاللِّسَانُ (ع ر ض) .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بَدَتْ » .

(٥) أَخْرَجَهُ ابْنُ عَسَاكِرٍ فِي تَارِيخِهِ ٢١٧/٩ ، وَالذَّهَبِيُّ فِي سِيرِ أَعْلَامِ النَّبَلَاءِ ٢٣٨/١ ، وَالسَّبْكَى فِي : طَبَقَاتِ
الشَّافِعِيَةِ ٢٦٤/١ ، وَانْظُرِ اسْتِيعَابَ ٩٠١/٣ .

عَتَقَتْ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهَا .

المقنع

الشرح الكبير

وإن لم يملك غيرها (ذكر ههنا لمصير الأمة أم ولد شرطين ؛ أحدهما ، أن تحمِلَ به في ملكه ، سواء كان من وطءٍ مُباحٍ ، أو مُحَرَّمٍ ؛ كالوطءِ في الحيضِ ، والنِّفاسِ ، والإحرامِ ، والظُّهَارِ . فأمَّا إن عِلَقَتْ منه في غير ملكه لم تصِرْ بذلك أم ولدٍ ، سواء عِلَقَتْ منه بمملوكٍ ، مثل أن يطأها في ملكٍ غيره بنكاحٍ أو زنى ، أو عِلَقَتْ بحُرٍّ ، مثل أن يطأها بشُبْهَةٍ ، أو غُرٍّ من أمةٍ ، فتزوَّجها على أنها حُرَّةٌ فاستولَدَها ، أو اشترى جاريةً فاستولَدَها ثم ظهرت مُسْتَحَقَّةٌ ، فإنَّ الولدَ حُرٌّ ، ولا تصيرُ الأمةُ أم ولدٍ في هذه المواضعِ بحالٍ . فإن ملكها بعد ذلك ، ففيه اختلافٌ ، يُذكرُ إن شاء الله تعالى . الشرط الثاني ، أن تَضَعَ ما يَتَبَيَّنُ فيه شيءٌ من خلقِ الإنسانِ ، من رأسٍ ، أو يَدٍ ، أو رِجْلٍ ، أو تَخْطِيطٍ^(١) ، سواء وضَعَتْه حيًّا أو ميتًا ، وسواء أسْقَطَتْه أو كان تامًّا . قال عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عنه : إذا وَلَدَتْ الأمةُ من سيدها فقد عَتَقَتْ ، وإن كان سَقَطًا^(٢) . وروى الأثرُمُ بإسناده

و « الشَّرْح » . وهو ظاهرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . وقَدَّمْه في « الفُرُوع » . الإنصاف . ونقلَ حَرَبٌ وابنُ أَبِي حَرَبٍ ، في مَنْ أَوْلَدَ أُمَّتَهُ الْمُزَوَّجَةَ ، أَنَّهُ لَا يُلْحَقُهُ الْوَلَدُ . فائدة : في إثْمِ واطئِ أُمَّتِهِ الْمُزَوَّجَةَ جَهْلًا وَجْهَانِ . وأُطْلَقَهُمَا في « الفُرُوع » . قلتُ : الصَّوَابُ عَدَمُ الْإِثْمِ ، وتأثيرُهُ ضَعِيفٌ .

(١) في الأصل : « تخليط » .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور ، في : سننه ٦١/٢ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٣٤٦/١٠ .

عن ابن عمر^(١) ، أنه قال : أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا وَإِنْ كَانَ سَقَطًا . وقال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : أُمُّ الْوَلَدِ إِذَا أَسْقَطَتْ لَا تَعْتَقُ ؟ فقال : إِذَا تَبَيَّنَ فِيهِ يَدٌ أَوْ رِجْلٌ أَوْ شَيْءٌ مِنْ^(٢) خَلْقِهِ فَقَدْ عَتَقَتْ . هذا قول الحسن ، والشافعي . وقال الشَّعْبِيُّ : إِذَا نَكَسَ فِي الْخَلْقِ الرَّابِعَ فَكَانَ مُخَلَّقًا ، أَنْقَضَتْ بِهِ عِدَّةَ الْحُرَّةِ ، وَأُعْتِقَتْ بِهِ الْأُمَّةُ . قال شيخنا^(٣) : وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ مَنْ قَالَ بِثُبُوتِ حُكْمِ الْإِسْتِيلَادِ . فَأَمَّا إِنْ أَلْقَتْ نُطْفَةً أَوْ عَلَقَةً ، لَمْ يَثْبُتْ بِهِ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْوِلَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَوْلِدٍ . وَرَوَى يُوسُفُ بْنُ مُوسَى ، أَنَّ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ قِيلَ لَهُ : مَا تَقُولُ فِي الْأُمَةِ إِذَا أَلْقَتْ مُضْغَةً أَوْ عَلَقَةً ؟ قَالَ : تَعْتَقُ . وَهَذَا قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ^(٤) . وَذَكَرَ [٦٩/٦ ظ] الْخَرَقِيُّ لِمَصِيرِهَا أُمُّ وَلَدٍ شَرْطًا ثَالِثًا ، وَهُوَ أَنْ تَحْمِلَ بِحُرٍّ . وَيَتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِي الْمَلِكِ فِي مَوْضِعَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، فِي الْعَبْدِ إِذَا مَلَكَهُ سَيِّدُهُ أُمَةً^(٥) ، وَقُلْنَا :

قوله : فَوَضَعَتْ مِنْهُ مَا تَبَيَّنَ فِيهِ بَعْضُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ، صَارَتْ بِذَلِكَ أُمًّا وَلَدٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُبْهَجِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

(١) كذا ورد ، وأخرجه البيهقي عن عمر في : السنن الكبرى ٣٤٦/١٠ .

(٢) في النسختين : « أَوْ » . وانظر المغني ٥٩٦/١٤ .

(٣) في : المغني ٥٩٦/١٤ .

(٤) في الأصل : « والنخعي » .

(٥) سقط من : م .

إِنَّهُ يَمْلِكُ . فَوَطِئَ أُمَّتَهُ ، فَاسْتَوْلَدَهَا ، فَوَلَدَهُ مَمْلُوكٌ ، وَلَا تَصِيرُ الْأُمَّةُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ يُثْبِتُ لَهَا حُكْمَ الْأَسْتِيلَادِ بِذَلِكَ ، وَسَوَاءٌ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّسَرُّيِّ بِهَا أَوْ لَمْ يَأْذَنْ . الثَّانِي ، إِذَا اسْتَوْلَدَ الْمُكَاتَبُ أُمَّتَهُ ، فَإِنَّ وَلَدَهُ مَمْلُوكٌ لَهُ ، وَلَا يُثْبِتُ لِلْأُمَّةِ أَحْكَامُ أُمِّ الْوَلَدِ فِي الْعِتْقِ بِمَوْتِهِ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَيْسَ بِحُرٍّ ، وَكَذَلِكَ وَلَدُهُ مِنْهَا ، فَأَوَّلَى أَنْ لَا تَتَجَرَّرَ هِيَ . وَمَتَى عَجَزَ الْمُكَاتَبُ وَعَادَ إِلَى الرَّقِّ ، أَوْ مَاتَ قَبْلَ آدَاءِ كِتَابَتِهِ ، فَهِيَ أُمَّةٌ قِنٌّ ، كَالْعَبْدِ الْقِنِّ . وَهَلْ يَمْلِكُ الْمُكَاتَبُ بَيْعَهَا ؟ فِيهِ خِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِي بَابِ الْمُكَاتَبِ .

٣٠٤٢ - مسألة : وَتَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ سِوَاهَا . وَهَذَا قَوْلُ كُلِّ مَنْ رَأَى عِتْقَهُنَّ ، لَا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ خِلَافًا فِي

وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ . وَاحْتَجَّ بِحَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : فِي عِشْرِينَ وَمِائَةً يَوْمٍ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ^(١) . وَتَنْقَضِي بِهِ الْعِدَّةُ ، وَتَعْتَقُ الْأُمَّةُ إِذَا دَخَلَ فِي الْخَلْقِ الرَّابِعِ . وَقَدَّمَ فِي « الْإِيضَاحِ » ، سِتَّةَ أَشْهُرٍ . وَنَقَلَ الْمِمْمُونِيُّ : إِنَّ لَمْ تَضَعْ ، وَتَبَيَّنَ حَمْلُهَا فِي بَطْنِهَا ، عَتَقَتْ ، وَأَنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ نَقْلِ الْمِلْكِ لَهَا فِي بَطْنِهَا حَتَّى يُعْلَمَ .

قوله : فَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَتْ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهَا . هَذَا بِلَا نِزَاعٍ . وَمَحَلُّ هَذَا ، إِذَا لَمْ يَجْزُ يَبْعُهَا ، عَلَى الْمَذْهَبِ . أَمَّا إِنْ جَازَ بَيْعُهَا ، فَقَطَعَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ بِأَنَّهَا

(١) يَقْصِدُ حَدِيثَ ابْنِ مَسْعُودٍ : « إِنْ أَحْدَكَ يَجْمَعُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا نَظْفَةً ... » . وَهَذَا الْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْمَلَائِكَةِ ، مِنْ كِتَابِ بَدْءِ الْخَلْقِ ، وَبَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، وَبَابِ وَلَقَدْ سَبَقَتْ كَلِمَتُنَا لِعِبَادِنَا الْمُرْسَلِينَ ، مِنْ كِتَابِ التَّوْحِيدِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٣٥/٤ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٥/٩ ، ١٦٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ كَيْفِيَةِ خَلْقِ الْآدَمِيِّ ... ، مِنْ كِتَابِ الْقَدْرِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢٠٣٦/٤ ، ٢٠٣٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٨٢/١ .

ذلك . وسواء وَلَدَتْ في الصَّحَّةِ أو المرضِ ؛ لَأَنَّهُ حَاصِلٌ بِالتَّادِثِهِ
 وَشَهْوَتِهِ ، وما يُتْلَفُهُ^(١) في لذَّاتِهِ ، يَسْتَوِي فِيهِ حَالُ الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ ،
 كالَّذِي يَأْكُلُهُ وَيَلْبَسُهُ . وَلأنَّ عِتْقَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، وما يَكُونُ بَعْدَ الْمَوْتِ
 يَسْتَوِي فِيهِ الْمَرَضُ وَالصَّحَّةُ ؛ كَقَضَاءِ الدِّينِ ، وَالتَّذْيِيرِ ، وَالْوَصِيَّةِ . قال
 سَعِيدٌ^(٢) : ثَنَا سُفْيَانُ^(٣) ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ نَافِعٍ ، قال : أَدْرَكَ
 ابْنَ عَمْرِو رَجُلَانِ ، فَقالا : إِنَّا تَرَكْنَا هَذَا الرَّجُلَ يَبِيعُ أُمَّهُاتِ الْأَوْلَادِ . يَعْنِيانِ
 ابْنَ الزُّبَيْرِ . فَقَالَ ابْنُ عَمْرٍ ، أَتَعْرِفَانِ أَبَا حَفْصٍ ؟ فَإِنَّهُ قَضَى فِي أُمِّهِاتِ
 الْأَوْلَادِ أَنْ لَا يُعْنَى ، وَلَا يُوهَبَنَّ ، يَسْتَمْتَعُ بِهَا صَاحِبُهَا ، فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ
 حُرَّةٌ . وقال^(٤) : ثَنَا عَتَابٌ^(٥) ، عَنْ خُصَيْفٍ ، عَنْ عِكْرَمَةَ ، عَنْ ابْنِ
 عَبَّاسٍ ، قال : قال عمرُ : ما مِنْ رَجُلٍ كان يُقَرُّ بِأَنَّهُ كان^(٦) يَطَأُ

الشرح الكبير

لَا تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ . قال الزُّرَّكَشِيُّ : وظاهرُ إطلاقِ غيرِهِ يَقْتَضِي العِتْقَ ، ولهذا قَدَّمَهُ
 ابْنُ حَمْدَانَ ، فقال : وقيل : إنَّ جازَّ يَبِيعُهَا ، لم تَعْتَقَ عَلَيْهِ بِمَوْتِهِ . وَيَأْتِي بَعْضُ ذَلِكَ
 عِنْدَ ذِكْرِ الْخِلَافِ فِي جَوَازِ بَيْعِهَا .

الإنصاف

(١) في الأصل : « ينقله » .

(٢) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٢/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له ، وباب الخلاف في أمهات الأولاد ، من كتاب عتق
 أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٣٤٣/١٠ ، ٣٤٨ . وعبد الرزاق ، في باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق .
 المصنف ٣٩٢/٧ ، ٣٩٣ .

(٣) سقط من : م .

(٤) في الموضع السابق .

(٥) في الأصل : « غياث » .

(٦) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

جَارِيَّتَهُ ، يَمُوتُ ، إِلَّا أَعْتَقَهَا^(١) «إِذَا وَلَدَتْ»^(٢) ، وَإِنْ كَانَ سَقَطًا . وَرَوَى
ابْنُ مَاجَه^(٣) عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَيُّمَا أُمَةٍ
وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا ، فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ ذُبُرٍ^(٤) مِنْهُ » .

فصل : وَإِذَا عَتَقَتْ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَمَا كَانَ فِي يَدِهَا مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ
لِوَرَثَةِ سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ أُمَةٌ ، وَكَسَبُهَا لِسَيِّدِهَا ، وَسَائِرُ مَا فِي يَدِهَا
لَهُ ، فَإِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا فَعَتَقَتْ ، انْتَقَلَ مَا فِي يَدِهَا إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَسَائِرِ مَالِهِ ،
وَكَأَنَّ فِي يَدِ الْمُدَبَّرَةِ ، بِخِلَافِ الْمُكَاتَبَةِ ، فَإِنَّ كَسَبَهَا فِي حَيَاةِ سَيِّدِهَا لَهَا ،
فَإِذَا عَتَقَتْ بَقِيَ لَهَا كَمَا كَانَ لَهَا قَبْلَ الْعِتْقِ .

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسْلِمَةِ وَالْكَافِرَةِ ، وَالْعَفِيفَةِ وَالْفَاجِرَةِ ، وَلَا
بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ ، وَالْعَفِيفِ وَالْفَاجِرِ ، فِي هَذَا ، فِي قَوْلِ أَهْلِ الْفَتْوَى
مِنْ أَهْلِ الْأَمْصَارِ ؛ لِأَنَّ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْعِتْقُ يَسْتَوِي فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ،
كَالتَّذْيِيرِ وَالْكِتَابَةِ ، وَلِأَنَّ عِتْقَهَا بِسَبَبِ اخْتِلَاطِ دَمِهَا بِدَمِهِ وَلَحْمِهَا بِلَحْمِهِ ،
فَإِذَا اسْتَوَيَا^(٥) فِي النَّسَبِ ، اسْتَوَيَا^(٥) فِي حُكْمِهِ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ^(٦) ، ثَنَا

الإنصاف

(١) فِي م : « أَعْتَقَهَا » .

(٢-٣) سَقَطَ مِنْ م .

(٣) فِي : بَابِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه ٨٤١/٢ .

كَأَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٥٧/٢ . وَالْإِمَامُ

أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٢٠/١ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « دِينَ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ م .

(٦) فِي سَنَنِهِ ٦٢/٢ .

المقنع وَإِنْ وَضَعْتَ جِسْمًا لَا تَخْطِيطَ فِيهِ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

هُشَيْمٌ ، ثنا منصورٌ ، عن ابن سيرين ، عن أبي عطية الهمداني ، عن عمر ابن الخطاب ، قال في أم الولد : إِنْ أَسْلَمْتُ وَأَحْصَنْتُ [٧٠/٦ و] وَعَفْتُ ^(١) ، أُعْتِقْتُ ، وَإِنْ كَفَرْتُ وَفَجَرْتُ وَغَدَرْتُ ، رَقْتُ . وقال ^(٢) : ثنا ^(٣) هُشَيْمٌ ، ثنا يحيى بن آدم ، عن أم ولد رجل ارتدت عن الإسلام ، فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز ، فكتب عمر أن يبيعوها ^(٤) بأرض ليس بها ، أحدٌ من أهل دينها . فعلى هذا الحديث ، ينبغي أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة ، وترق الكافرة الفاجرة . والله أعلم .

٣٠٤٣ - مسألة : (وَإِنْ وَضَعْتَ جِسْمًا لَا تَخْطِيطَ فِيهِ ، فعلى رِوَايَتَيْنِ) أمّا إذا وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق آدمي ، فشهد ثقات من القوابل أن فيها صورة حفية ، تعلقت بها الأحكام ؛ لأنهن أطلعن

الإنصاف

قوله : وَإِنْ وَضَعْتَ جِسْمًا لَا تَخْطِيطَ فِيهِ - مثل المضغة - فعلى رِوَايَتَيْنِ . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « المغنى » ، و « المحرر » ، و « الشرح » ، و « الفائق » ، و « الحاوي الصغير » ؛ إحداهما ، لا تصير بذلك أم ولد . وهو المذهب ، وهو ظاهر كلام الخرقى . وصححه في « النظم » . وهو ظاهر ما قدمه في « الرعاية الكبرى » . وقدمه في « الفروع » .

(١) في الأصل : « عفت » .

(٢) في سننه ٦٢/٢ ، ٦٣ .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « ليس بها » .

الشرح الكبير

على الصُّورَةِ التي خَفِيَتْ على غَيْرِ هُنَّ . وإن لم يَشْهَدُنْ بذلك ، لكنْ عُلِمَ أَنَّهُ مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ بِشَهادَتِهِنَّ أو غير ذلك ، ففيه رِوَايتَان ؛ إحداهما ، لا تَصِيرُ به الأُمَّةُ أُمٌّ وَلَدٍ ، ولا تَنْقُضِي به عِدَّةُ الحُرَّةِ ، ولا يَجِبُ على الصَّارِبِ المُتَلَفِ له غُرَّةٌ ولا كَفَّارَةٌ . وهذا ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، والشافِعِيِّ ، وظاهرُ ما نَقَلَهُ الأَثَرُمُ عن أحمدَ ، وظاهرُ قولِ الحسنِ ، والشَّعْبِيِّ ، وسائِرِ مَنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَبَيِّنَ فيه شَيْءٌ مِنْ خَلْقِ الآدَمِيِّ . والثَّانِيَةُ ، تَعَلَّقُ به الأحكامُ الأَرْبَعَةُ ؛ لأنَّهُ مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ ، أَشْبَهَ إِذَا تَبَيَّنَ . وخرَجَ أبو عبدِ اللَّهِ ابنُ حَامِدٍ رِوَايَةً ثَالِثَةً ، وهى أَنَّ الأُمَّةَ تَصِيرُ به^(١) أُمٌّ وَلَدٍ ، ولا تَنْقُضِي به عِدَّةُ الحُرَّةِ ؛ لأنَّهُ رُوِيَ عن أحمدَ ، إِذَا وَضَعْتَ شَيْئًا ، فَمَسَّتْهُ القَوَائِلُ فَعَلِمَنَّ أَنَّهُ لَحْمٌ ولم يَتَبَيَّنْ لَحْمُهُ ، فَيُحْتَاطُ فِي العِدَّةِ بِأُخْرَى ، وَيُحْتَاطُ بِعِتْقِ الأُمَّةِ . فظاهرُ هذا أَنَّهُ حَكَمَ بِعِتْقِ الأُمَّةِ ، ولم يَحْكَمْ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَ

والرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تَصِيرُ به أُمٌّ وَلَدٍ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرِّعَايَةِ الإِنْصَافِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَقَالَ : لا تَنْقُضِي به العِدَّةُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : فَإِنْ وَضَعْتَ جِسْمًا لا تَخْطِيطَ فِيهِ ، فَقَالَ الثَّقَاتُ مِنَ الْقَوَائِلِ : هُوَ مُبْتَدَأُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ . فِيهِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، لا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ . وَالثَّانِيَةُ ، تَصِيرُ . وَالثَّلَاثَةُ ، تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ إِلَّا فِي العِدَّةِ ، فَإِنَّهَا لا تَنْقُضِي بِذَلِكَ . وَقَالَ فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَقِيلَ : إِنْ وَضَعْتَ قِطْعَةً لَحْمٍ لم يَبَيَّنْ فِيهَا خَلْقُ آدَمِيٍّ ، فَثَلَاثُ رِوَايَاتٍ . الثَّلَاثَةُ ، تَعْتَقُ ولا تَنْقُضِي به العِدَّةُ . وَقِيلَ : مَا تَجِبُ

(١) سقط من : م .

الأمة تحصيل الحرية ، فاحتيط بتحصيلها ، والعدة يتعلق بها تحرير التزوج وحرمة الفرج ، فاحتيط بإبقائها . وقال بعض الشافعية بالعكس : لا تجب العدة ، ولا تصير الأمة أم ولد ؛ لأن الأصل عدم كل واحد منهما ، فيبقى على أصله . ولا يصح ؛ لأن العدة كانت ثابتة ، والأصل بقاءها على ما كانت عليه ، والأصل في آدمي الحرية ، فيُعَلَبُ^(١) ما يُفَضَى إليها .

فيه عدة تصير به أم ولد ، وإن كان علقه . وقيل : تصير أم ولد بما لا تنقضي به العدة . انتهى . وقيل : لا تصير أم ولد بما لا تنقضي به عدتها . ذكره أيضا . قال المصنف ، والشارح : إذا وضعت مضعة لم يظهر فيها شيء من خلق آدمي ، فشهدت ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية ، تعلقت بها الأحكام . وجرم به الزركشي . وإن لم يشهدن بذلك ، لكن علم أنه مبدأ خلق آدمي ، بشهادتهن أو غيرها ، ففيه روايتان . فهذه الصورة محل الروايتين . وكذا قيد ابن منجي كلام المصنف بذلك .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أنها لا تصير أم ولد بوضع علقه . وهو صحيح . وهو المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، تصير أم ولد بوضعها أيضا . ونص عليه في رواية مهنا ، ويوسف بن موسى . وقدم الأول في « الرعاية الكبرى » ، وتقدم كلامه في العلقه .

(١) بعده في م : « على » .

وَأِنْ أَصَابَهَا فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ ، ثُمَّ مَلَكَهَا
حَامِلًا ، عَتَقَ الْجَنِينُ ، وَلَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ . وَعَنْهُ ، تَصِيرُ .

٣٠٤٤ - مسألة : (وإن أصابها في ملكٍ غيره بنِكَاحٍ أو غيره ،
ثم مَلَكَهَا حَامِلًا ، عَتَقَ الْجَنِينُ ، ولم تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ) له (وعنه ، تَصِيرُ)
وسواءٌ مَلَكَهَا حَامِلًا فوَلَدَتْ في مِلْكِهِ ، أو مَلَكَهَا بَعْدَ وِلَادَتِهَا . وبه قال
الشافعي ؛ لأنها عِلَقَتْ مِنْهُ بِمَمْلُوكٍ ، فلم يَثْبُتْ لَهَا حُكْمُ الْاِسْتِيلَادِ ، كما
لو زَنَى بِهَا ثُمَّ اشْتَرَاهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ ^(١) الرُّقُّ ، وَإِنَّمَا خُولِفَ هَذَا الْأَصْلُ
فِيمَا إِذَا حَمَلَتْ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ ، بِقَوْلِ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، ففِيمَا
عَدَاهُ يَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ . وَنَقَلَ ابْنُ أَبِي مُوسَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ
فِي الْحَالَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهَا أُمٌّ وَلَدِهِ ، وَهُوَ مَالِكٌ
لَهَا ، فَيَثْبُتُ لَهَا حُكْمُ الْاِسْتِيلَادِ ، كما لو حَمَلَتْ فِي مِلْكِهِ . قَالَ شَيْخُنَا ^(٢) :
وَلَمْ أَجِدْ هَذِهِ الرَّوَايَةَ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَا إِذَا مَلَكَهَا بَعْدَ وِلَادَتِهَا ، إِنَّمَا نَقَلَ عَنْهُ
التَّوَقُّفُ عَنْهَا ، [٧٠/٦ ظ] فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّا ، فَقَالَ : لَا أَقُولُ فِيهَا شَيْئًا .

قوله : وإن أصابها في ملكٍ غيره بنِكَاحٍ أو غيره ، ثم مَلَكَهَا حَامِلًا ، عَتَقَ
الْجَنِينُ ، وَلَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ . [١٥٤/٣ و] هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ :
هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَرَوَاهُ إِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ ،
عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَكَلَامُ الْخِرَقِيِّ يَقْتَضِي ذَلِكَ . وَجَزَمَ بِهِ الْقَاضِي
فِي « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، وَالشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » ، وَابْنُ عَقِيلٍ

(١) بعده في م : « بناء » .

(٢) في : المغني ٥٨٩/١٤ .

وَصَرَّحَ فِي رِوَايَةٍ سِوَاهُ بِجَوَازِ بَيْعِهَا ، فَقَالَ : لَا أَرَى بَأْسًا أَنْ يَبِيعَهَا ، إِنَّمَا الْحَسَنُ وَحْدَهُ قَالَ : إِنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ . وَقَالَ : أَكْثَرُ مَا سَمِعْنَا فِيهِ مِنَ التَّابِعِينَ يَقُولُونَ : إِنَّهَا لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ حَتَّى تَلِدَ عِنْدَهُ وَهُوَ يَمْلِكُهَا . كَانَ عَبِيدَةُ السَّلْمَانِيُّ يَقُولُ بِبَيْعِهَا ، وَشُرَيْحٌ ، وَإِبْرَاهِيمُ ، وَالشَّعْبِيُّ ^(١) . أَمَّا إِذَا مَلَكَهَا حَامِلًا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَحْبَلَهَا فِي مِلْكِهِ . وَقَدْ صَرَّحَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ مَنْصُورٍ ، أَنَّهَا لَا تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ حَتَّى تُحْدِثَ عِنْدَهُ حَمْلًا . وَرَوَى عَنْهُ ابْنُهُ صَالِحٌ ، قَالَ : سَأَلْتُ أَبِي عَنِ الرَّجُلِ يَنْكِحُ الْأُمَّةَ فَتَلِدُ مِنْهُ ، ثُمَّ يَتَّاعُهَا . قَالَ : لَا تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ . قُلْتُ : فَإِنْ اشْتَرَاهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ . قَالَ : إِذَا كَانَ الْوَطْءُ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ ، وَكَانَ يَطْوُهَا بَعْدَ مَا اشْتَرَاهَا وَهِيَ حَامِلٌ ، كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ . قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ وَطَّئَهَا فِي ابْتِدَاءِ حَمْلِهَا أَوْ بِوَاسِطَةٍ ، صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمُّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي سَمْعِ

الشرح الكبير

فِي « التَّذَكِرَةِ » ، وَالشَّيرَازِيُّ فِي « الْمُبْهَجِ » ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » . وَضَحَّحَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَعَنْهُ ، تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ وَلَوْ كَانَ قَدْ مَلَكَهَا بَعْدَ وَضْعِهَا مِنْهُ ، نَقَلَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَلَمْ أَجِدْ هَذِهِ

الإيضاح

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَعَامِرُ وَالشَّعْبِيُّ » .

الولدِ وبَصَرِهِ . وقال القاضي : إن مَلَكَهَا حَامِلًا ، فلم يَطْأُهَا حتى وَضَعَتْ ، لم تَصِرْ أُمُّ وَلَدٍ ، وإن وَطِئَهَا حَالِ حَمْلِهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ أَنْ كَمَلَ الْوَلَدُ ، وصَارَ لَهُ خَمْسَةُ أَشْهُرٍ ، لم تَصِرْ بِذَلِكَ أُمُّ وَلَدٍ ، وإن وَطِئَهَا قَبْلَ ذَلِكَ ، صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمُّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ قَالَ : أَبَعْدَ مَا اخْتَلَطَتْ دِمَاؤُكُمْ وَدِمَاؤُهُنَّ ، وَلُحُومُكُمْ وَلُحُومُهُنَّ ، بِعَتْمُوهُنَّ^(١) ! فَعَلَّلَ بِالمُخَالَطَةِ ، وَالمُخَالَطَةُ هُنَا حَاصِلَةٌ ؛ لِأَنَّ المَاءَ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ ، وَلِأَنَّ لِحُرِّيَّةِ الْبَعْضِ أَثَرًا فِي تَحْرِيرِ الْجَمِيعِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ مِنَ الْعَبْدِ . وقال أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ وَطِئَهَا بَعْدَ الشَّرَاءِ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ . وَكَلَامُ الْخَرَقِيِّ يَفْتَضِي أَنْ لَا تَكُونَ أُمُّ وَلَدٍ ، إِلَّا أَنْ تَحْبَلَ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ . وَهُوَ الَّذِي رَوَاهُ إِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ . وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْلَقْ مِنْهُ^(٢) بَحْرٌ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ حَكْمُ الْاِسْتِيلَادِ ، كَمَا لَوْ زَنَى بِهَا ثُمَّ اشْتَرَاهَا ، وَلِأَنَّ حَمْلَهَا مِنْهُ إِذَا لَمْ يُفِدِ الْحُرِّيَّةَ لَوَلَدِهَا ، فَلِأَنَّ لَا يُفِيدُهَا الْحُرِّيَّةَ أَوْلى . وَيَفَارِقُ هَذَا مَا إِذَا حَمَلَتْ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ ، فَإِنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ ،

الرَّوَايَةُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، إِنَّمَا نَقَلَ مُهَنَّأٌ عَنْهُ الْوَقْفَ . وَعَنْهُ ، تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا حَامِلًا ، بِشَرْطِ أَنْ يَطْأَهَا فِيهِ . وَاخْتَارَهَا أَبُو الْخَطَّابِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ مَلَكَهَا حَامِلًا ، وَلَمْ يَطْأَهَا حَتَّى وَضَعَتْ ، لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدٍ . وَإِنْ وَطِئَهَا حَالِ حَمْلِهَا ؛ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ أَنْ كَمَلَ الْوَلَدُ وَصَارَ لَهُ خَمْسَةُ أَشْهُرٍ ، لَمْ تَصِرْ بِذَلِكَ أُمُّ وَلَدٍ أَيْضًا ، وَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ ذَلِكَ ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُصُولِ » .

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٢٩٦/٧ ، ٢٩٧ . وسعيد بن منصور ، في : سننه ٦١/٢ .

(٢) في الأصل : « به » .

فَتَحَرَّرُ^(١) بِتَحْرِيرِهِ . وما ذَكَرُوهُ مِنْ أَنَّ الْوَلَدَ يَزِيدُ فِيهِ الْوَطْءُ ، غَيْرُ مُسْتَيْقِنٍ ، فَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ بِالشَّكِّ ، وَلَوْ ثَبَتَ أَنَّهُ زَادَ ، لَمْ يَثْبُتِ الْحُكْمُ بِهَذِهِ الزِّيَادَةِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَلَكَهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ مِنْ زَنَى أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، فَوَطَّئَهَا ، لَمْ تَصِرْ أُمًّا وَلَدٌ وَإِنْ زَادَ الْوَلَدُ بِهِ . وَلِأَنَّ حُكْمَ الْاسْتِيلَادِ إِنَّمَا ثَبَتَ بِالْإِجْمَاعِ فِي حَقِّ مَنْ حَمَلَتْ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ ، وَمَا عَدَاهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ ، وَلَيْسَ فِيهِ نَصٌّ وَلَا إِجْمَاعٌ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَثْبُتَ هَذَا الْحُكْمُ . وَلِأَنَّ الْأَصْلَ الرَّقُّ ، فَتَبَقِيَ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ .

فصل : قال أحمدُ ، فِي مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ ، فَوَطَّئَهَا قَبْلَ وَضْعِهَا : فَإِنَّ الْوَلَدَ لَا يَلْحَقُ بِالْمُشْتَرِي ، وَلَا يَبِيْعُهُ ، لَكِنْ يُعْتَقُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ شَرِكَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ [٧١/٦] أَبِي الدَّرْدَاءِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ مَرَّ بِامْرَأَةٍ مُجْبِجٍ^(٢) عَلَى بَابِ فُسْطَاطٍ ، فَقَالَ : « لَعَلَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُلِمَّ بِهَا ؟ » . قَالُوا : نَعَمْ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَلْعَنَهُ لَعْنًا يَدْخُلُ مَعَهُ قَبْرُهُ ، كَيْفَ يُورَثُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ أَمْ كَيْفَ يَسْتَخْدِمُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣) . يَعْنِي أَنَّهُ إِنْ

وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : تَصِيرُ أُمًّا وَلَدٌ إِذَا مَلَكَهَا حَامِلًا ، بِشَرْطِ أَنْ يَطَّأَهَا فِي ابْتِدَاءِ الْحَمْلِ أَوْ بَوْسَطِهِ . وَقِيلَ : إِنَّهُ رَوَى عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِ

(١) فِي م : « فَتَحَرَّرَ » .

(٢) الْمُجْبِجُ : هِيَ الْحَامِلُ الَّتِي عَظُمَ بَطْنُهَا ، قَرِيبَةُ الْوِلَادَةِ .

(٣) فِي : بَابِ وَطْءِ السَّبَايَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٤٩٧/١ . كَمَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ وَطْءِ الْحَامِلِ الْمُسِيئَةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٦٥/٢ ، ١٠٦٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٤٦/٦ .

اسْتَلْحَقَهُ وَشَرِكَهُ فِي مِيرَاثِهِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَوْلَدِهِ ، وَإِنْ اتَّخَذَهُ مَمْلُوكًا يَسْتَعْدِمُهُ لَمْ يَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ شَرِكَ فِيهِ ؛ لَكَوْنِ الْمَاءِ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ .

فصل : إِذَا وَطِئَ الرَّجُلُ جَارِيَةَ وَلَدِهِ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ تَمَلَّكَهَا وَقَبَضَهَا ، وَلَمْ يَكُنِ الْوَلَدُ وَطِئَهَا ، وَلَا تَعَلَّقَتْ بِهَا حَاجَتُهُ ، فَقَدْ مَلَكَهَا الْأَبُ بِذَلِكَ وَصَارَتْ جَارِيَتَهُ ، وَالْحَكْمُ فِيهَا كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا . وَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ آتَبَعَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ ^(١) . وَهَذِهِ لَيْسَتْ زَوْجَتَهُ وَلَا مِلْكُ يَمِينِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » ^(٢) . فَأُضَافَ مَالُ الْإِبْنِ إِلَى أَبِيهِ بِلَا مِلْكِ الْمَلِكِ وَالِاسْتِحْقَاقِ ، فَيَذُلُّ عَلَى أَنَّهُ مِلْكُهُ . قُلْنَا : لَمْ يُرِدِ النَّبِيُّ ﷺ حَقِيقَةَ الْمَلِكِ ، بَدِيلٍ أَنَّهُ أُضَافَ إِلَيْهِ الْوَلَدُ ، وَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ ، وَأُضَافَ إِلَيْهِ مَالُهُ فِي حَالِ إِضَافَتِهِ إِلَى الْوَلَدِ ، وَلَا يَكُونُ الشَّيْءُ مِلْكًا لِلْمَلِكَيْنِ حَقِيقَةً ، بَدِيلٍ أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ إِمَائِهِ ،

الْقَاضِي . فَعَلِيَ الرَّوَايَةُ الْأُولَى وَالثَّانِيَةَ ، لَوْ أَقَرَّ بَوْلَدٍ مِنْ أُمَّتِهِ أَنَّهُ وَلَدُهُ ، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ هَلْ اسْتَوْلَدَهُ فِي مِلْكِهِ أَوْ قَبْلَهُ ، وَأَمْكَنَّا ، فَفِي كَوْنِهَا أُمٌّ وَلَدٌ وَجْهَان . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » هُنَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » فِي آخِرِ كِتَابِ الْإِقْرَارِ .

(١) سورة المؤمنون ٥ - ٧ ، والمعارج ٢٩ - ٣١ .

(٢) تقدم تخريجه في ٩٤/٧ ، ١٠٦/١٧ .

والتَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ ، وَصَحَّةُ بَيْعِهِ وَهَبَتِهِ وَعِثْقِهِ ، وَلَأَنَّ الْوَلَدَ لَوْ مَاتَ لَمْ يَرِثْ أَبُوهُ مِنْهُ إِلَّا مَا قُدِّرَ لَهُ ، وَلَوْ كَانَ مَالُهُ لاختَصَّ بِهِ ، وَلَوْ مَاتَ الْأَبُ لَمْ يَرِثْ وَرَثَتُهُ مَالَ ابْنِهِ^(١) ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْأَبِ حَجٌّ وَلَا زَكَاةٌ وَلَا جِهَادٌ بِيَسَارِ ابْنِهِ ، فَعِلِمَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا أَرَادَ التَّجَوُّزَ بِتَشْبِيهِهِ بِمَالِهِ فِي بَعْضِ أَحْكَامِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا حَدَّ عَلَى الْأَبِ ؛ لِلشُّبْهَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ حَقِيقَةُ الْمِلْكِ ، فَلَا أَقْلَ مِنْ أَنْ يَكُونَ شُبْهَةً تَدْرَأُ الْحَدَّ ، فَإِنَّ الْحَدَّ يُدْرَأُ بِالشُّبْهَاتِ ، وَلَكِنْ يُعَزَّرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ وَطْئًا مُحَرَّمًا ، فَأَشْبَهَ وَطْءَ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يُعَزَّرُ ؛ لِأَنَّ مَالَ وَلَدِهِ كَمَالِهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ مُبَاحٌ لَهُ ، غَيْرُ مَلُومٍ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ وَطْءِ الْأَبِ ، فَإِنَّهُ عَادٍ فِيهِ مَلُومٌ عَلَيْهِ . فَإِنْ عُلِقَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ دُرِيٍّ فِيهِ الْحَدُّ لِشُبْهَةِ الْمِلْكِ ، فَكَانَ حُرًّا ، كَوَلَدِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ، وَلَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ تَصِيرُ مِلْكًا لَهُ بِالْوَطْءِ ، فَيَحْصُلُ غُلُوقُهَا بِالْوَلَدِ وَهِيَ مِلْكُهُ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ وَتَنْتَقِلُ إِلَى مِلْكِهِ ، فَيَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا بَعْدَ ذَلِكَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وَقَالَ فِي الْآخَرِ : لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ،

وهما احتمالان في « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمُذْهَبِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَصَحَّحَهُ أَيْضًا فِي « الرَّعَايَةِ » فِي آخِرِ الْبَابِ ، و « إِدْرَاكِ الْغَايَةِ » . وَالثَّانِي ، لَا تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، فِي آخِرِ كِتَابِ الْإِقْرَارِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَبِيهِ » .

ولا يَمْلِكُهَا ؛ لَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ ، وَلَأَنَّ ثُبُوتَ أَحْكَامِ اسْتِيلَادِ إِنَّمَا كَانَ بِالْإِجْمَاعِ . فِيمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ ، وَهَذِهِ لَيْسَتْ «مَمْلُوكَةً لَهُ» ، وَلَا فِي مَعْنَى [٧١/٦ ظ] مَمْلُوكَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَثْبُتَ لَهَا هَذَا الْحُكْمُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الرِّقُّ ، فَيَقْتَضِي عَلَى الْأَصْلِ ، وَلَأَنَّ الْوَطْءَ الْمُحَرَّمَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لِلْمِلْكِ الَّذِي هُوَ نِعْمَةٌ وَكَرَامَةٌ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى تَعَاطِي الْمُحَرَّمَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ لِأَجْلِ الْمِلْكِ ، فَصَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، كَالْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ، وَبِهَذَا فَارَقَ وَطْءَ الْأَجْنَبِيِّ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا وَلَا قِيمَتُهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا ، وَتَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِ سَيِّدِهَا بِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهَا ، وَإِنَّمَا لَمْ يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَهَا فَقَدْ دَخَلَتْ قِيمَةُ الْبُضْعِ فِي ضَمَانِهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ثَانِيًا ، كَمَا لَوْ قَطَعَ يَدَهَا فَسَرَى الْقَطْعُ إِلَى نَفْسِهَا فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَةَ النَّفْسِ دُونَ قِيمَةِ الْيَدِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةَ غَيْرِهِ وَطْئًا مُحَرَّمًا ، فَلْزَمَهُ مَهْرُهَا ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَتَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا ، عَلَى الْقَوْلِ بِكَوْنِهَا أُمُّ وَلَدٍ ، كَمَا يَلْزَمُ

فَعَلَى هَذَا ، يَكُونُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ . وَفِيهِ نَظَرٌ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » . وَتَأْتِي الْمَسْأَلَةُ فِي الْإِنْصَافِ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ ، فِي آخِرِ كِتَابِ الْإِقْرَارِ .

فَائِدَةٌ حَسَنَةٌ : لَوْ قَالَ لْجَارِيَتِهِ : يَدُكَ أُمُّ وَلَدِي . أَوْ قَالَ لَوْلَدِهَا : يَدُكَ ابْنِي . صَحَّ . ذَكَرَهُ فِي « الْإِنْصَارِ » ، فِي طَلَاقِ جُزْءٍ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » .

أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ قِيمَةً^(١) نَصِيبِ شَرِيكِهِ إِذَا اسْتَوْلَدَ الْجَارِيَةَ الْمُشْتَرَكَةَ .
وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . وَلأنَّه لَا يَلْزَمُهُ قِيمَةُ
وَلَدِهَا ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ مَهْرُهَا وَلَا قِيمَتُهَا ، كَمَمْلُوكَتِهِ ، وَلأنَّه وَطْءٌ صَارَتْ
بِهِ الْمَوْطُوءَةُ أُمًّا وَلَدٍ لِأَمْرِ لَا يَخْتَصُّ بِبَعْضِهَا ، فَأَشْبَهَ اسْتِيلَادَ مَمْلُوكَتِهِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْابْنُ قَدْ وَطِئَ جَارِيَتَهُ ، ثُمَّ وَطِئَهَا أَبُوهُ فَأَوْلَدَهَا ؛
فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ فِي مَنْ وَقَعَ عَلَى جَارِيَةِ ابْنِهِ : إِنْ كَانَ الْأَبُ قَابِضًا لَهَا ،
وَلَمْ يَكُنْ الْابْنُ وَطِئَهَا ، فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ ، فَلَيْسَ لِلْابْنِ فِيهَا شَيْءٌ . قَالَ
الْقَاضِي : فَظَاهِرُ هَذَا ، أَنَّ الْابْنَ إِنْ كَانَ قَدْ وَطِئَهَا ، لَمْ تَصِرْ أُمًّا وَلَدٍ لِلْأَبِ
بِاسْتِيلَادِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا بِوَطْءِ ابْنِهِ لَهَا^(١) ، وَلَا تَحِلُّ
لَهُ بِحَالٍ ، فَأَشْبَهَ وَطْءَ الْأَجْنَبِيِّ . فَعَلِيَ هَذَا الْقَوْلُ ، لَا يَمْلِكُهَا ، وَلَا تَعْتَقُ

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ قَوْلِهِ : أَوْ غَيْرِهِ . أَنَّ الْخِلَافَ شَامِلٌ مَا لَوْ وَطِئَهَا بَرْنًى ثُمَّ مَلَكَهَا .
وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَ « الْكَافِي » ، وَ « الرَّعَائِنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ
الشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : إِذَا أَصَابَهَا بِذَلِكَ ، فَإِنَّهَا لَا
تَصِيرُ أُمًّا وَلَدٍ بِذَلِكَ ، قَوْلًا وَاحِدًا .

فائدة : نَصَّ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ
فَوَطِئَهَا ، أَنَّ الْوَلَدَ لَا يَلْحَقُ بِالْوَاطِئِ ، وَلَكِنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الرُّوضَةِ » ،

(١) سقط من : م .

بمَوْتِهِ . فَأَمَّا وَلَدُهَا ، فَيَعْتَقُ عَلَى أَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُ ذُو رَحِمِهِ . ^(١) وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ لَهَا حُكْمُ الْاِسْتِيلَادِ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَحِلَّ لَهُ ^(٢) ، كَمَا لَوْ اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ الَّتِي وَطَّعَهَا ابْنُهُ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ مَعَ تَخْرِيمِهَا عَلَيْهِ عَلَى التَّائِيدِ ، فَكَذَلِكَ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ وَطَّءُ يَذَرُ فِيهِ الْحَدُّ بِشُبْهَةِ الْمَلِكِ ، فَصَارَتْ بِهِ أُمُّ وَلَدٍ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَطَّأَهَا الْاِبْنُ .

فصل : فَإِنْ وَطَّئَ الْاِبْنُ جَارِيَةَ أَبِيهِ فَهُوَ زَانٍ ، عَلَيْهِ الْحَدُّ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالتَّخْرِيمِ ، وَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَيَلْزَمُهُ مَهْرُهَا ، وَيَعْتَقُ وَلَدَهُ عَلَى جَدِّهِ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ ابْنِهِ ، إِذَا قُلْنَا : إِنَّ وَلَدَ الزَّانِي يَعْتَقُ عَلَى أَبِيهِ . وَتَحْرُمُ الْجَارِيَةُ عَلَى الْأَبِ عَلَى التَّائِيدِ ، وَلَا تَجِبُ قِيمَتُهَا عَلَى الْاِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْهَا عَنْ مِلْكِ أَبِيهِ ، وَلَمْ يَمْنَعْ بَيْعَهَا وَلَا التَّصَرُّفَ فِيهَا بِغَيْرِ الْاِسْتِمَاعِ . فَإِنْ اسْتَوْلَدَهَا الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطَّءَ صَادَفَ مِلْكًا ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ ، فَأُشْبِهَ مَالُ الْوَطْئِ أُمَّتَهُ الْمَرْهُونَةَ .

فصل : فَإِنْ وَطَّئَ أُمَّتَهُ وَهِيَ مُزَوَّجَةٌ ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكَتَهُ ، [٧٢/٦] وَيُعْزَرُ . قَالَ أَحْمَدُ : يُجْلَدُ ، وَلَا يُرْجَمُ . يَعْنِي

وغيرهم . وَنَقَلَهُ الْأَثَرُ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ حَبِيبٍ . وَنَقَلَ صَالِحٌ وَغَيْرُهُ : يَلْزَمُهُ عَتَقُهُ . الْإِنْصَافُ فِيْعَائِي بِهَا . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ ، وَفِي وَجُوهِهِ خِلَافٌ فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَغَيْرِهِ . وَقَالَ أَيْضًا : يَعْتَقُ وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، وَأَنَّهُ يَسْرِى كَالْعَتَقِ ، وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ .

(١ - ١) سقط من : م .

أَنَّهُ يُعْزَرُ بِالْجَلْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، لَوَجَبَ الرَّجْمُ إِذَا كَانَ مُحْصَنًا . فَإِنْ أَوْلَدَهَا صَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ ، وَتَعْتِقُ بِمَوْتِهِ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ، وَمَا وَلَدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ مِنَ الزَّوْجِ فَحُكْمُهُ حَكْمُ أُمِّهِ .

فصل : وَلَوْ مَلَكَ رَجُلٌ أُمَّهُ مِنَ الرِّضَاعِ ، أَوْ أُخْتَهُ ، أَوْ ابْنَتَهُ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ وَطْئُهَا . فَإِنْ وَطَّئَهَا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، فِي أَصْحَابِ الرَّوَائِثِ ؛ لِأَنَّهُمَا مَمْلُوكَتُهُ ، وَيُعْزَرُ . وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَنَسَبُهُ لَاحِقٌ بِهِ ، وَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ . وَكَذَلِكَ ^(١) لَوْ مَلَكَ أُمَةٌ مَجْبُوسِيَّةً ، أَوْ وَثِيَّةً ، فَاسْتَوْلَدَهَا ، أَوْ مَلَكَ الْكَافِرُ أُمَّةً مُسْلِمَةً فَاسْتَوْلَدَهَا ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَيُعْزَرُ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُ وَلَدِهِ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ^(٢) ، تَعْتِقُ بِمَوْتِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَكَذَلِكَ لَوْ وَطِئَ أُمَّتَهُ الْمَرْهُونَةَ ، أَوْ وَطِئَ رَبُّ الْمَالِ أُمَّةً مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَأَوْلَدَهَا ، صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمُّ وَلَدٍ ، وَخَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ وَالْمُضَارَبَةِ ، ^(٣) وَتَنْفَسِخُ الْمُضَارَبَةُ بِهِ فِيهَا ^(٤) ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا رِبْحٌ جُعِلَ الرِّبْحُ فِي مَالِ الْمُضَارَبَةِ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِلْمُرْتَهِنِ ، تُجْعَلُ مَكَانَهَا رَهْنًا ، أَوْ يُؤْفَى عَنْ ذَيْنِ الرَّهْنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

تنبيه : تَقَدَّمَ فِي آخِرِ بَابِ قِسْمَةِ الْعَنَائِمِ ، إِذَا وَطِئَ جَارِيَةً مِنَ الْمَعْنَمِ ، مِمَّنْ لَهُ فِيهَا حَقٌّ أَوْ لَوْلَدِهِ ، فَأَوْلَدَهَا ، مَا حُكْمُهُ ؟ وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الْوَفْرِ ، إِذَا وَطِئَ الْجَارِيَةَ الْمَوْقُوفَةَ عَلَيْهِ ، فَأَحْبَلَهَا ، وَحُكْمُهَا . وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الْهَبَةِ ، إِذَا أَحْبَلَ جَارِيَةً وَلَدَهُ ،

(١) فِي م : « لَذَلِكَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

وَأَحْكَامُ أُمِّ الْوَلَدِ أَحْكَامُ الْأُمَةِ ، فِي الْإِجَارَةِ ، وَالِاسْتِخْدَامِ ، وَالْوَطْءِ ، وَسَائِرِ أُمُورِهَا ، إِلَّا فِيمَا يَنْقُلُ الْمَلِكُ فِي رَقَبَتِهَا ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالْوَقْفِ ، أَوْ مَا يُرَادُّ لَهُ ؛ كَالرَّهْنِ . وَعَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِهَا مَعَ الْكَرَاهَةِ ، وَلَا عَمَلَ عَلَيْهِ .

٣٠٤٥ - مسألة : (وَأَحْكَامُ أُمِّ الْوَلَدِ أَحْكَامُ الْأُمَةِ ، فِي الْإِجَارَةِ ، وَالِاسْتِخْدَامِ ، وَالْوَطْءِ ، وَسَائِرِ أُمُورِهَا ، إِلَّا فِيمَا يَنْقُلُ الْمَلِكُ فِي رَقَبَتِهَا ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالْوَقْفِ ، أَوْ مَا يُرَادُّ لَهُ ؛ كَالرَّهْنِ . وَعَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِهَا مَعَ الْكَرَاهَةِ . وَلَا عَمَلَ عَلَيْهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْأُمَّةَ إِذَا حَمَلَتْ مِنْ سَيِّدِهَا ، وَوَلَدَتْ مِنْهُ ، ثَبَتَ لَهَا حُكْمُ الْإِسْتِيلَادِ ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ الْإِمَاءِ فِي حِلِّ وَطْئِهَا لِسَيِّدِهَا ، وَاسْتِخْدَامِهَا ، وَمِلْكُ كَسْبِهَا ، وَتَرْوِيجِهَا ، وَإِجَارَتِهَا ، وَعَقْقِهَا ، وَتَكْلِيفِهَا ، وَحَدِّهَا ، وَعَوْرَتِهَا .

فِي فَضْلٍ ، وَلِلَّابِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ .

الإنصاف

قوله : وَأَحْكَامُ أُمِّ الْوَلَدِ أَحْكَامُ الْأُمَةِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَالِاسْتِخْدَامِ ، وَالْوَطْءِ ، وَسَائِرِ أُمُورِهَا ، إِلَّا فِيمَا يَنْقُلُ الْمَلِكُ فِي رَقَبَتِهَا ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالْوَقْفِ ، أَوْ مَا يُرَادُّ لَهُ ، كَالرَّهْنِ . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ ، وَقَطْعٌ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ ، وَحُكْيُ جَمَاعَةٍ الْإِجْمَاعَ عَلَى ذَلِكَ . وَعَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِهَا مَعَ الْكَرَاهَةِ ، وَلَا عَمَلَ عَلَيْهِ . قُلْتُ : قَالَ فِي « الْفُنُونِ » : يَجُوزُ بَيْعُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَوْلُ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَغَيْرِهِ مِنَ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَإِجْمَاعُ التَّابِعِينَ لَا يَرْفَعُهُ . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ

وهذا^(١) قول أكثر أهل العلم . وحكى عن مالك ، أنه لا يملك إيجارَها وتزويجها ؛ لأنه لا يملك بيعها ، فلا يملك تزويجها وإيجارَها ، كالحرّة . ولنا ، أنها مملوكةٌ يُتَفَعُّ بها ، فيملك سيدها تزويجها وإيجارَها ، كالحرّة ، وإنما مُنِعَ بيعها ؛ لأنها استَحَقَّتْ أَنْ تَعْتَقَ بِمَوْتِهِ ، وبيعها يَمْنَعُ ذلك ، بخلاف التزويج والإجارة . وينطُلُ دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند مَنْ مَنَعَ بيعها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنها تُخَالِفُ الأُمَّةَ القِيْنَ ، في أنها تَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، ولا يجوزُ بيعُها ، ولا التَّصَرُّفُ فيها بما يَنْقُلُ الْمِلْكَ ، مِنَ الْهَبَةِ وَالْوَقْفِ ، ولا ما يُرَادُ لِلْبَيْعِ ، وهو الرهن ، ولا تَوَرُّثٌ ؛ لأنها تَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا وَيَزُولُ الْمِلْكَ عَنْهَا . رَوَى هذا عن عمر ، وعثمان ، وعائشة ، وعامة الفقهاء . ورَوَى عن عليّ ، وابن عباس ، وابن الزبير ، بإباحة بيعهن . وإليه ذهب داود .^(٢) قال سعيد : ثنا سفيان ، عن عمرو ، عن عطاء ، عن ابن عباس ، في أم الولد ، قال :

الدين ، رَحِمَهُ اللهُ . قال في « الفائق » : وهو الأظهر . قال : فتَعْتَقُ بِوَفَاقِ سَيِّدِهَا مِنْ نَصِيبٍ وَلَدَهَا إِنْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ ، أو بعضها مع عَدَمِ سَعَتِهِ ، ولو لم يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ، فكسائر رقيقه . وكذا قال في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » ، و « الفائق » . قال في « الفروع » بعد ذكر الرواية : فقيل : لا تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ . ونفى هذه الرواية في « الحاوى الصَّغِيرِ » ولم يُثَبِّتْها ، وتأولَها . وحكى

(١) في الأصل : « غير هذا » .

(٢ - ٢) في م : « قال ثنا سعيد » . وهو في : السنن ٦٣/٢ . كما أخرجه الرزاق ، في : المصنف ٢٩٠/٧ .

بِعَها كَمَا تَبِيعُ ثِيَابَكَ أَوْ بَعِيرَكَ . قال^(١) : وثنا أبو عَوَانَةَ ، عن مُغِيرَةَ ، عن الشَّعْبِيِّ ، عن عَبِيدَةَ ، قال : خَطَبَ عَلَى النَّاسِ ، فقال : شَاوَرَنِي عَمْرُ فِي أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، فَرَأَيْتُ أَنَا وَعَمْرُ [٧٢/٦ ط] أَنْ أُعْتِقَهُنَّ ، فَقَضَى بِهِ عَمْرُ حَيَاتِهِ ، وَعَثْمَانُ حَيَاتِهِ ، فَلَمَّا وَلَّيْتُ رَأَيْتُ أَنَّ أَرْقَهَهُنَّ . قال عَبِيدَةُ : فَرَأَيْتُ عَمْرَ وَعَلَى فِي الْجَمَاعَةِ أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنْ رَأْيِ عَلِيٍّ وَخَدَه . وقد رَوَى صَالِحُ ابْنِ أَحْمَدَ ، قال : قُلْتُ لِأَبِي : إِلَى^(٢) أَيِّ شَيْءٍ تَذْهَبُ فِي بَيْعِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ؟ قال : أَكْرَهُهُ ، وقد بَاعَ عَلِيٌّ بَنُ أَبِي طَالِبٍ . وقال في رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ مَنْصُورٍ : لَا يُعْجِبُنِي بَيْعُهُنَّ . قال أَبُو الْخَطَّابِ : وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُنَّ مَعَ الْكَرَاهَةِ . فجعلَ هَذَا رِوَايَةً ثَانِيَةً^(٣) عَنْ أَحْمَدَ . قال شَيْخُنَا^(٤) : وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِرِوَايَةٍ مُخَالَفَةٍ لِقَوْلِهِ : إِنَّهُنَّ لَا يُبْعَنَ . لِأَنَّ السَّلَفَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ ، كَانُوا يُطْلِقُونَ الْكَرَاهَةَ عَلَى التَّحْرِيمِ كَثِيرًا ، وَمَتَى كَانَ التَّحْرِيمُ وَالْمَنْعُ مُصَرَّحًا بِهِ فِي سَائِرِ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ ، وَجَبَ حَمْلُ هَذَا اللَّفْظِ الْمُحْتَمِلِ عَلَى الْمُصَرَّحِ بِهِ ، وَلَا يُجْعَلُ ذَلِكَ اخْتِلَافًا . وَحُجَّةٌ مَنْ أَجَازَ بَيْعَهُنَّ ، مَارَوْى جَابِرٌ ، قَالَ : بَعْنَا أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ عَلَى

بَعْضُهُمْ [١٥٤/٣ ط] هَذَا الْقَوْلُ إِجْمَاعَ الصَّحَابَةِ . وَتَقَدَّمَ فِي أَوَاخِرِ التَّنْذِيرِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَنْذِيرُهَا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَتَقَدَّمَ فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الْوَقْفِ ،

(١) فِي السَّنَنِ ٦٠/٢ ، ٦١ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٤٣٦/٦ ، ٤٣٧ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٤٣/١٠ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « ثَالِثَةٌ » .

(٤) فِي : الْمَغْنَى ٥٨٥/١٤ .

عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَأَبَى بَكْرٍ ، ^(١) فَلَمَّا كَانَ عَمْرٌ ، نَهَاَنَا ، فَانْتَهَيْنَا ^(٢) .
 وَمَا كَانَ جَائِزًا فِي عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ وَأَبَى بَكْرٍ ^(٣) ، لَمْ يَجْزُ نَسْخُهُ بِقَوْلِ عَمْرٍ
 وَلَا غَيْرِهِ ، وَلَأنَّ نَسْخَ الْأَحْكَامِ إِنَّمَا يَجُوزُ فِي عَصْرِ ^(٤) النَّبِيِّ ﷺ ؛ لِأنَّ
 النَّصَّ إِنَّمَا يُنْسَخُ بِنَصٍّ . وَأَمَّا قَوْلُ الصَّحَابِيِّ ، فَلَا يُنْسَخُ ، وَلَا يُنْسَخُ بِهِ ،
 فَإِنَّ أَصْحَابَ النَّبِيِّ ﷺ كَانُوا يَتْرَكُونَ أَقْوَالَهُمْ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ،
 وَلَا يَتْرَكُونَهَا بِأَقْوَالِهِمْ ، وَإِنَّمَا تُحْمَلُ مُخَالَفَةُ عَمْرٍ لِهَذَا النَّصِّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ
 يَبْلُغْهُ ، وَلَوْ بَلَغَهُ لَمْ يَعُدَّهُ إِلَى غَيْرِهِ . وَلَأنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَمْ يُعْتَقْهَا سَيِّدُهَا ، وَلَا
 شَيْئًا مِنْهَا ، وَلَا قَرَابَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، فَلَمْ تَعْتَقْ ، كَمَا لَوْ وَلَدَتْ مِنْ أَبِيهِ ^(٥) فِي
 نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ . وَلَأنَّ الْأَصْلَ الرِّقُّ ، وَلَمْ يَرِدْ بِزَوَالِهِ نَصٌّ وَلَا إِجْمَاعٌ وَلَا
 مَا فِي مَعْنَى ذَلِكَ ، فَوَجَبَ الْبَقَاءُ عَلَيْهِ . وَلَأنَّ وَلَادَتَهَا لَوْ كَانَتْ مُوجِبَةً
 لِعِتْقِهَا ، لَكُنَتْ الْعِتْقُ بِهَا حِينَ وُجُودِهَا ، كَسَائِرِ أَسْبَابِهِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ
 عَبَّاسٍ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهَا تُجْعَلُ فِي سَهْمٍ وَلَدِهَا لَتَعْتَقَ عَلَيْهِ ^(٦) . قَالَ
 سَعِيدٌ ^(٧) : ثَنَا سُفْيَانُ ، ثَنَا الْأَعْمَشُ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ وَهْبٍ ، قَالَ : مَاتَ

هَلْ يَصِحُّ وَقَفُ أُمِّ الْوَلَدِ ، أَمْ لَا ؟ وَتَقَدَّمَ أَيْضًا فِي أَوَاخِرِ بَابِ الْهِبَةِ ، هَلْ يَصِحُّ هِبَةُ
 أُمِّ الْوَلَدِ ، أَمْ لَا ؟ فَلْيُرَاجَعَا .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب عتق أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٢/٢ .

(٣) في م : « عهد » .

(٤) في م : « ابنه » .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ٤٤٠/٦ .

(٦) في السنن ٦٣/٢ . كما أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٢٨٩/٧ ، ٢٩٠ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٤٣٨/٦ .

رجلٌ مِنَّا وَتَرَكَ أُمُّ وَلَدٍ ، فَأَرَادَ الْوَلِيدُ بْنُ عُقْبَةَ أَنْ يَبِيعَهَا فِي دَيْنِهِ ، فَأَتَيْنَا^(١) عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ فَذَكَرْنَا^(٢) ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ وَلَا بُدَّ ، فَاجْعَلُوهَا مِنْ نَصِيبِ أَوْلَادِهَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى عِكْرِمَةُ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَيُّمَا أُمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا ، فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ » . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : ذُكِرَتْ أُمُّ إِبْرَاهِيمَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا » . رَوَاهُمَا ابْنُ مَاجَهَ^(٣) . وَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ فِي « مَسَائِلِهِ » ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، وَلَا يُعْنَى ، وَلَا يُرْهَنَ ، وَلَا يَرْتَنَ ، يَسْتَمْتَعُ بِهَا سَيِّدُهَا مَا بَدَّالَهُ ، فَإِنْ مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ^(٤) . قَالَ شَيْخُنَا^(٥) : وَهَذَا فِيمَا أَظُنُّ عَنْ عَمَرَ ، وَلَا يَصِحُّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . وَلِأَنَّهُ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ عَلِيٍّ : كَانَ رَأْيِي وَرَأَى [٧٣/٦] عَمَرَ ، أَنْ لَا تُبَاعَ أُمَّهَاتُ الْأَوْلَادِ . وَقَوْلُهُ : فَقَضَى بِهِ عَمْرُ حَيَاتِهِ ، وَعُثْمَانُ حَيَاتِهِ . وَقَوْلُ عُبَيْدَةَ : رَأَى عَلِيٌّ فِي الْجَمَاعَةِ أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنْ رَأْيِهِ وَخَدَهُ . وَرَوَى عِكْرِمَةُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ،

فائدة : هل لهذا الخلاف شبهة ؟ فيه نزاعٌ . والأقوى ، فيه شبهةٌ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَأَنَّهُ يَنْبَنَى عَلَيْهِ ؛ لَوْ وَطِئَ مُعْتَقِدًا تَحْرِيمَهُ ، هَلْ يُلْحَقُهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « فَأَتَيْنَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فَذَكَرْنَا » .

(٣) الْأَوَّلُ تَقْدِيمُ تَحْرِيمِهِ فِي صَفْحَةِ ٤٢١ ، وَالثَّانِي فِي صَفْحَةِ ٤١٥ .

(٤) وَأَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِي ، فِي : كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ١٣٤/٤ ، ١٣٥ . مَرْفُوعًا وَمَوْقُوفًا عَلَى

عَمَرَ . وَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ مَوْقُوفًا عَلَى عَمَرَ ، فِي : بَابِ عَتَقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ وَالْوَلَاءِ . الْمَوْطَأُ ٧٧٦/٢ .

(٥) فِي : الْمَغْنَى ٥٨٧/١٤ .

قال : قال عمرُ : ما مِنْ رَجُلٍ كانَ ^(١) يُقَرُّ بأنَّه يَطأُ جاريةً ثم يموتُ ، إلَّا أعتَقَها إذا وَلَدَتْ ، وإن كان سَقَطاً ^(٢) . فإن قيل : فكيف تَصِحُّ دَعْوَى الإجماعِ مع مُخالَفةِ عليٍّ وابنِ عباسٍ وابنِ الزُّبَيْرِ . قلنا : قد رَوَى عنهم الرُّجوعُ عن المُخالَفةِ ، فروى عبيدةٌ ، قال : بَعَثَ إلى عليٍّ وإلى شُرَيْحٍ ، فقال ^(٣) : اقصُوا كما كُنْتُمْ تَقْضُونَ ، فإنِّي أُبْغِضُ الاختلافَ ^(٤) . وابنُ عباسٍ قال : وَلَدْتُمُ الولدَ بِمَنْزِلَتِها . وهو الرَّأْيُ لحديثِ عَتَقَها عن النبيِّ ﷺ وعن عمرٍ ، فَيَدُلُّ على مُوافَقَتِهِ لهم . ثم قد ثَبَتَ الإجماعُ باتِّفاقِهِمْ قَبْلَ المُخالَفةِ ، واتِّفاقِهِمْ مَعْصُومٌ عن الخطأ ، فإنَّ الأُمَّةَ لا تَجْتَمِعُ على ضَلالةٍ ، ولا يجوزُ أَنْ يَخْلُوَ زَمَنٌ عن قائِمٍ لله بِحُجَّتِهِ ، ولو جازَ ^(٥) ذلك في بعضِ العَصْرِ لجازَ في جَمِيعِهِ ، ورَأْيُ المُوافقِ في زَمَنِ الاتِّفاقِ خَيْرٌ مِنْ ^(٦) رَأْيِهِ في الخلافِ بَعْدَهُ ، فيكونُ الاتِّفاقُ حُجَّةً على المُخالفِ له منهم ، كما هو حُجَّةٌ على غيرِهِ . فإن قيل : فلو كان الاتِّفاقُ في بعضِ العَصْرِ إجماعاً حَرُمَتْ مُخالَفَتُهُ ، فكيف خالَفَهُ هؤلاء الأئمَّةُ الذين لا تجوزُ نِسْبَتُهُمْ إلى ارتكابِ الحَرَامِ ؟ قلنا : الإجماعُ يَنْقَسِمُ إلى مَقْطوعٍ به ومَظْنُونٍ ،

نَسَبُهُ ، أو يُرْجَمُ المُحْصَنُ ؟ أمَّا التَّعْزِيرُ ، فواجِبٌ . انتهى . وتابَعَهُ في « الفروع » .

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٤٢٠ .

(٣) بعده في م : « لي » .

(٤) أخرجه وكيع ، في : أخبار القضاة ٣٩٩/٢ .

(٥) في الأصل : « كان » .

(٦) سقط من : الأصل .

وهذا مِنَ الْمُظَنُّونِ ، فُتْمِكُنُ ^(١) «المُخَالَفَةُ مِنْهُمْ» ، مع كَوْنِهِ حُجَّةٌ ، كما وَقَعَ مِنْهُمْ مُخَالَفَةُ النَّصُوصِ الظَّنِّيَّةِ ، ولم تَخْرُجْ بِمُخَالَفَتِهِمْ ^(٢) عَنْ كَوْنِهَا حُجَّةً ، كَذَا هُنَا . فَأَمَّا قَوْلُ جَابِرٍ : بَعْنَا أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبَى بَكْرٍ . فَلَيْسَ فِيهِ تَصْرِيحٌ بِأَنَّهُ كَانَ يَعْلَمُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، وَلَا عِلْمَ أَبِي بَكْرٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ وَقَعًا مِنْهُمْ عَلَى أَنْفِرَادِهِمْ ، فَلَا تَكُونُ فِيهِ حُجَّةٌ ، وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ الْأَمْرِ عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ هَذَا وَقَعًا يَعْلَمُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَبَى بَكْرٍ ، وَأَقْرَأَ عَلَيْهِ ، لَمْ تَجْزُ مُخَالَفَتُهُ ، وَلَمْ يُجْمَعِ الصَّحَابَةُ بَعْدَهُمَا عَلَى مُخَالَفَتِهِمَا ، وَلَوْ فَعَلُوا ذَلِكَ لَمْ يَخْلُ مِنْ مُنْكَرٍ عَلَيْهِمْ ، وَيَقُولُ : كَيْفَ تَخَالِفُونَ فِعْلَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَفَعَلَ صَاحِبِهِ ^(٣) ؟ وَكَيْفَ تَتْرَكُونَ سُتْنَهُمَا ، وَتَحَرِّمُونَ مَا أَحَلَّ ؟ وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَلِكَ وَقَعًا يَعْلَمُهُمَا ، لاحتَجَّ بِهِ عَلَى حِينَ رَأَى بَيْعَهُنَّ ، واحتَجَّ بِهِ كُلُّ مَنْ وَاَفَّقَهُ عَلَى بَيْعِهِنَّ ، وَلَمْ يَجْرِ شَيْءٌ مِنْ هَذَا ، فَوَجَبَ أَنْ يُحْمَلَ الْأَمْرُ عَلَى مَا حَمَلْنَاهُ عَلَيْهِ ، فَلَا يَكُونُ فِيهِ إِذَا حُجَّةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهم بَاعُوا أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ فِي النِّكَاحِ لَا فِي الْمِلْكِ .

فصل : وَمَنْ أَجَارَ بَيْعَهُنَّ ، فَعَلَى قَوْلِهِ ، إِنْ لَمْ يَبِيعْهَا سَيِّدُهَا حَتَّى مَاتَ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَاَرِثٌ إِلَّا وَلَدُهَا ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ وَاَرِثٌ سِوَى وَلَدِهَا حُسِبَتْ مِنْ نَصِيْبِهِ ، فَعَتَقَتْ ، وَكَانَ لَهُ مَا بَقِيَ مِنْ مِيرَاثِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَبِيعْ شَيْءٌ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « وَقَعَ مِنْهُمْ لَهُمْ » .

(٢) فِي النُّسخَتَيْنِ : « مُخَالَفَتُهُمْ » وَانْظُرِ الْمَعْنَى ٥٨٨/١٤ .

(٣) فِي م : « صَاحِبِيهِ » .

ثُمَّ إِنْ وَلَدَتْ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا ، فَلَوْلَدِهَا حُكْمُهَا فِي الْعِتْقِ
بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، سَوَاءٌ عَتَقَتْ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُ .

فلا شيء له . وإن كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه ، وباقها
[٧٣/٦ ظ] رقيق لسائر الورثة ، إلا على قول من قال : إنه إذا ورث سهمًا
ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه . فإنه يعتق إن كان مؤسرًا . وإن لم
يكن لها ولد من سيدها ورثها ورثته ، كسائر رقيقه .

٣٠٤٦ - مسألة : (وإن ولدت من غير سيدها ، فلَوْلَدِهَا حُكْمُهَا
في العتق بموت سيدها ، سواء عتقت أو ماتت قبله) إذا ولدت أم الولد
بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها ، من زوج أو غيره ، فحكمه
حكمها ، في أنه يعتق بموت سيدها ، ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز
فيها ، ويمتنع فيه ^(١) ما يمتنع فيها . قال أحمد : قال (ابن عمر^(٢)) ، وابن
عباس ، وغيرهما : ولدها بمنزلتها . ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين

قوله : ثم إن ولدت من غير سيدها ، فلَوْلَدِهَا حُكْمُهَا في العتق بموت سيدها ؛
سواء عتقت أو ماتت قبله . يعني ، إذا ولدت من زوج أو غيره ، بعد أن صارت
أم ولد من سيدها ؛ وسواء عتقت أمه قبل موت السيد ، أو ماتت في حياة السيد ،
فإن حكم الولد حكمها ؛ إن مات سيدها ، عتق معها ، ويجوز فيه من التصرفات
ما يجوز فيها ، ويمتنع فيه ما يمتنع فيها . وكذا ولد المدبرة لا يطل الحكم فيه بموت
أمه . جزم به في « المغنى » ، و « الشرح » ، وغيرهما . وقال في « الانتصار » :

(١) سقط من : الأصل .

(٢-٢) في م : « عمر » . وأخرجه عن ابن عمر البيهقي ، في : السنن الكبرى ١٠/٣٤٨ ، ٣٤٩ .

بُثِّبَتْ حُكْمُ الاسْتِيلَادِ ، إِلَّا أَنَّ عَمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، قَالَ : هُمْ عَبِيدٌ .
فِيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُمْ لَا يَثْبُتُ لَهُمْ حُكْمُ أُمِّهِمْ ؛ لِأَنَّ الاسْتِيلَادَ يَخْتَصُّ بِهَا ،
فِيَخْتَصُّ بِحُكْمِهِ ، كَوَلَدٍ مَنْ عُلِّقَ عِتْقُهَا بِصِفَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُمْ
عَبِيدٌ ، حُكْمُهُمْ حُكْمُ أُمِّهِمْ ، مِثْلُ قَوْلِ الْجَمَاعَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي
الرَّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، فَيَتَّبِعُهَا فِي سَبَبِهِ إِذَا كَانَ مُتَأَكِّدًا ، كَوَلَدِ الْمُكَاتَبَةِ
وَالْمُدَبَّرَةِ ، بَلْ وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْعِتْقِ فِيهَا مُسْتَقَرٌّ لَا سَبِيلَ
إِلَى إِبْطَالِهِ بِحَالٍ .

وإن مَاتَتْ أُمُّ الْوَلَدِ قَبْلَ سَيِّدِهَا ، لَمْ يَبْطُلْ حُكْمُ الاسْتِيلَادِ فِي الْوَلَدِ ،
(وَيَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ^(١)) ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَبْطُلْ ، وَإِنَّمَا لَمْ تَثْبُتِ الْحُرِّيَّةُ
فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْقَ مُحَلًّا . وَكَذَلِكَ وَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ ، لَا يَبْطُلُ الْحُكْمُ فِيهِ بِمَوْتِ
أُمِّهِ . وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ إِذَا مَاتَتْ ، فَإِنَّهُ يَعُودُ رَقِيقًا ؛ (لِأَنَّ الْعَقْدَ بَطَلَ^(٢))

هل يبطل عتق المدبر وأُمُّ الْوَلَدِ بِمَوْتِهِمَا قَبْلَ السَّيِّدِ ، أَمْ لَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهَا ؟
اِخْتَلَفَ كَلَامُهُ فِيهِ ، وَيُظْهِرُ الْحُكْمُ فِي وَلَدَيْهِمَا . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ
وَالثَّلَاثِينَ » ، عَلَى الْقَوْلِ بَأَنَّ وَلَدَ الْمُدَبَّرَةِ يَتَّبِعُهَا . قَالَ الْأَكْثَرُونَ : يَكُونُ مُدَبَّرًا
بِنَفْسِهِ ، لَا بِطَرِيقِ التَّبَعِ . وَقَدْ نَصَّ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ لَوْ عَتَقَتْ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، لَمْ يَعْتَقِ
الْوَلَدُ حَتَّى تَمُوتَ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَوْ رَجَعَ فِي تَذْيِيرِ الْأُمِّ ، وَقُلْنَا : لَهُ ذَلِكَ . بَقِيَ الْوَلَدُ
مُدَبَّرًا . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هُوَ تَابِعٌ مُحَضٌّ ؛ إِنْ
عَتَقَتْ عَتَقَ ، وَإِنْ رَقَّتْ رَقَّ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى . وَتَقَدَّمَ

(١ - ١) فِي م : « وَتَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : م .

بموتها ، فلم يبقَ حُكْمُهُ فِيهِ . وفي ذلك اِخْتِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِي بَابِهِ . فَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ أُمَّ الْوَلَدِ أَوِ الْمُدَبَّرَةَ ، لَمْ يَعْتَقْ وَلَدَهَا ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِغَيْرِ السَّبَبِ الَّذِي تَبِعَهَا فِيهِ ، وَيَبْقَى عِتْقُهُ مَوْفُوفًا عَلَى مَوْتِ سَيِّدِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْتَقَ وَلَدَهُمَا ، لَمْ يَعْتَقَا بِعِتْقِهِ . وَإِنْ أَعْتَقَ الْمُكَاتَبَةَ ، فَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، وَسَفِيَانُ ، وَإِسْحَاقُ : الْمُكَاتَبَةُ إِذَا أَدَّتْ أَوْ أُعْتِقَتْ عَتَقَ وَلَدَهَا ، وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرَةُ ، إِذَا أُعْتِقَتْ لَمْ يَعْتَقْ وَلَدَهَا حَتَّى يَمُوتَ السَّيِّدُ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّ وَلَدَ الْمُكَاتَبَةِ إِذَا أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا ، أَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي الْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ مَالِهَا ، تَسْتَحِقُّ كَسْبَهُ ، فَيَتَّبِعُهَا فِي الْعِتْقِ ، كَالِهَا ، وَلِأَنَّ إِعْتَاقَهَا يَمْنَعُ أَدَاءَهَا بِسَبَبٍ مِنَ السَّيِّدِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَبْرَأَهَا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ اسْتِيلَادِهَا ، وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ قَبْلَ تَذْيِيرِهَا ، وَلَدِ الْمُكَاتَبَةِ قَبْلَ كِتَابَتِهَا ، فَلَا يَتَّبِعُهَا ؛ لَوْجُودِهِ قَبْلَ انْعِقَادِ السَّبَبِ فِيهَا ، وَزَوَالِ حُكْمِ التَّبَعِيَّةِ عَنْهُ قَبْلَ تَحْقِيقِ السَّبَبِ فِي أُمِّهِ . وَلِهَذَا لَا يَتَّبِعُهَا فِي الْعِتْقِ

ذلك في بابِ الْمُدَبَّرِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَمَا وَلَدَتِ الْمُدَبَّرَةُ بَعْدَ تَذْيِيرِهَا ، فَهُوَ بِمَنْزِلَتِهَا . أَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ إِذَا مَاتَتْ ، فَإِنَّهُ يَعُودُ رَقِيقًا .

تنبيه : ظَاهِرُ قَوْلِهِ : ثُمَّ إِنْ وَلَدَتْ . أَنَّ الْوَلَدَ لَوْ كَانَ مَوْجُودًا قَبْلَ إِيلَادِهَا مِنْ سَيِّدِهَا ، لَا يَعْتَقُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ . وَهُوَ صَحِيحٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَا يَعْتَقُ عَلَى الْأَصَحِّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَعَنْهُ ، يَعْتَقُ . خَرَّجَهَا الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ مِنْ وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ الَّذِي كَانَ قَبْلَ التَّذْيِيرِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي بَابِهِ .

وَأِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ ، فَهَلْ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ لِمُدَّةِ الْمَنَعِ
[٢٠٠] حَمْلِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

الْمُنَجَّرِ ، فِي السَّبَبِ أَوَّلَى . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ قَبْلَ التَّدْبِيرِ
رِوَايَتَيْنِ ، فَيُخْرِجُ هُنَا مِثْلَهُ . [٧٤/٦] وَهَذَا بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ الْمُفْصَلَ
لَا يَتَّبِعُهَا فِي عُنُقٍ ، وَلَا يَبِيعُ ، وَلَا هِبَةً ، وَلَا فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَحْكَامِ ، سِوَى
الْإِسْلَامِ بِشَرَطِ كَوْنِهِ صَغِيرًا ، فَكَيْفَ يَتَّبِعُ فِي التَّدْبِيرِ ! وَلِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ،
وَلَا قِيَاسَ يَقْتَضِيهِ ، فَيَبْقَى بِحَالِهِ .

٣٠٤٧ - مَسْأَلَةٌ : (وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ ، فَهَلْ تَسْتَحِقُّ
النَّفَقَةَ لِمُدَّةِ حَمْلِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) هَذَا يُشَبِّهُ مَا إِذَا مَاتَ عَنْ امْرَأَةٍ حَامِلٍ ،
هَلْ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ لِمُدَّةِ حَمْلِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَمَبْنَى الْخِلَافِ عَلَى
الْخِلَافِ فِي نَفَقَةِ الْحَامِلِ ، هَلْ هِيَ لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ
لِلْحَمْلِ . فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَلَا لِلْأُمَةِ الْحَامِلِ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَهُ نَصِيبٌ فِي

قَوْلِهِ : وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ ، فَهَلْ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ لِمُدَّةِ حَمْلِهَا ؟
عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ، وَ « الْفَائِقِ » ،
وغيرهم ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . قَالَ فِي
« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : لَهَا النَّفَقَةُ عَلَى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ
فِي « الْوَجِيزِ » . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا تَسْتَحِقُّهَا . هَذَا يُشَبِّهُ مَا إِذَا مَاتَ عَنْ امْرَأَةٍ
حَامِلٍ ، هَلْ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ لِمُدَّةِ حَمْلِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَمَبْنَى الْخِلَافِ عَلَى
الْخِلَافِ فِي نَفَقَةِ الْحَامِلِ ، هَلْ هِيَ لِلْحَمْلِ ، أَوْ لِلْحَامِلِ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ لِلْحَمْلِ .

المقنع وَإِذَا جَنَتْ أُمُّ الْوَلَدِ ، فَدَاها سَيِّدُها بِقِيَمَتِها أَوْ دُونِها . وَعَنْهُ ، عَلَيْهِ فِدَاؤُها بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ كُلِّهِ .

الشرح الكبير الميراث ، فتجب نفقته في نصيبه ، لا في أنصاء شركائه . وإن قلنا : للحامل . فالنفقة على الزوج والسيد ؛ لأنهما « شغلاها بحملها » ، فكان عوض ذلك عليهما ، كما لو استأجرا دارا كانت أجرتهما عليهما .

٣٠٤٨ - مسألة : (وإذا جنت أم الولد ، فداها سيدها بقيمتها أو دونها . وعنه ، يفديها بأرش الجناية كله) إذا جنت أم الولد تعلق أرش جنائيتها برقيتها ، وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها . وبهذا قال الشافعي . وحكى أبو بكر عبد العزيز قولاً آخر ، أنه يفديها بأرش جنائيتها بالغة ما بلغت ؛ لأنه لم يسلمها في الجناية ، فلزمه أرش جنائيتها بالغة ما بلغت ، كالقن . وقال أبو ثور ، وأهل الظاهر : ليس عليه

الإنصاف فلا نفقة لها ، ولا للأمة الحامل ؛ لأن الحمل له نصيب في الميراث ، وإن قلنا : للحامل . فالنفقة على الزوج ، أو السيد . انتهى . قلت : ويأتى في كلام المصنف ، في كتاب النفقات ، هل تجب النفقة لحملها ، أو لها من أجله ؟ على روايتين . والصحيح من المذهب ، أنها تجب للحمل .

قوله : وإذا جنت أم الولد ، فداها سيدها بقيمتها أو دونها . يعنى ، إذا كان ذلك قدر أرش جنائيتها . وهذا المذهب . قال الزركشي ، وابن منجى : هذا المذهب . وجزم به الخرقى ، وصاحب « الوجيز » . وقدمه في « الهداية » ،

(١ - ١) في الأصل : « شغلاهما بحملها » .

فِدَاؤُهَا ، وَجِنَايَتُهَا فِي ذِمَّتِهَا ، تُتَّبَعُ بِهَا ^(١) إِذَا عَتَقْتَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعُهَا ، فَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ فِدَاؤُهَا ، كَالْحُرَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُ ، يَمْلِكُ كَسْبُهَا ، لَمْ يُسَلِّمْهَا ، فَلَزِمَهُ أَرْضُ جِنَايَتِهَا ، كَالْقَيْنِ ، وَلَا تَلْزِمُهُ زِيَادَةُ عَلَى قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْ تَسْلِيمِهَا ، وَإِنَّمَا الشَّرْعُ مَنَعَ مِنْ ^(٢) ذَلِكَ ؛ لَكُونِهَا لَمْ تَبَقَ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ، وَلَا لِنَقْلِ الْمِلْكِ فِيهَا . وَأَمَّا الْقَيْنُ إِذَا لَمْ يُسَلِّمْهَا ، قَلْنَا ^(٣) : فِيهِ مَنَعٌ . وَإِنْ سُلِّمَ ، فَلَأَنَّ الْقَيْنَ أَمَكَ أَنْ يُسَلِّمَهَا لِلْبَيْعِ ، فَرُبَّمَا زَادَ فِيهَا رَاغِبٌ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا ، فَإِذَا امْتَنَعَ مَالُكُهَا مِنْ تَسْلِيمِهَا أَوْ جَبْنَا عَلَيْهِ الْأَرْضَ بِكَمَالِهِ ، بِخِلَافِ أُمِّ الْوَلَدِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَحْتَمِلُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا ^(٤) لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، فَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا .

فصل : فَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ فِدَائِهَا فَلَا شَيْءَ عَلَى سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِذِمَّتِهِ شَيْءٌ ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهَا ، فَإِذَا مَاتَتْ سَقَطَ الْحَقُّ ؛ لِتَلَفِ مُتَعَلِّقِهِ . وَإِنْ نَقَصَتْ قِيمَتُهَا قَبْلَ فِدَائِهَا وَجَبَ فِدَاؤُهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ الْفِدَاءِ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ تَلَفَتْ جَمِيعُهَا لَسَقَطَ الْفِدَاءُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَسْقُطَ بَعْضُهُ بِتَلَفِ بَعْضِهَا ، وَإِنْ زَادَتْ

و « الْفُرُوعِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَعَنْهُ ، عَلَيْهِ فِدَاؤُهَا الْإِنْصَافِ بِأَرْضِ الْجِنَايَةِ كُلِّهِ . حَكَاهَا أَبُو بَكْرٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » ، و « الْفَائِقِ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِهِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « فَلْنَا » .

(٤) فِي م : « لِأَنَّهُ » .

قِيمَتُهَا زَادَ فِدَاؤُهَا ؛ لِأَنَّ مُتَعَلِّقَ الْحَقِّ زَادَ ، فزَادَ الْفِدَاءُ بِزِيَادَتِهِ ، كَالْقَيْنِ .
وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ قِيمَتُهَا مَعِيَّةَ بَعِيْبِ الْاِسْتِيْلَادِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْقُصُهَا ،
فَاعْتَبِرْ ، كَالْمَرَضِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْعُيُوبِ ، وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ قِيمَتُهَا فِي حَالِ
فِدَائِهَا ، وَقِيمَتُهَا نَاقِصَةٌ عَنْ قِيَمَةِ غَيْرِ^(١) أُمِّ الْوَلَدِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَنْقُصَ
فِدَاؤُهَا ، وَأَنْ يَكُونَ مُقَدَّرًا بِقِيمَتِهَا فِي حَالِ كَوْنِهَا [٧٤/٦ ظ] أُمٌّ وَلَدٍ .
وَالْحُكْمُ فِي الْمُدْبِرَةِ كَالْحُكْمِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ ، إِنْ قُلْنَا : لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا . وَإِنْ
قُلْنَا : يَجُوزُ بَيْعُهَا . فَيُمْكِنُ تَسْلِيمُهَا لِلْبَيْعِ إِنْ اخْتَارَ سَيِّدُهَا . فَإِنْ اِمْتَنَعَ
مِنْهُ ، فَهَلْ يَفْدِيهَا بِقِيمَتِهَا أَوْ أَرْضَ الْجِنَايَةِ^(٢) « بِالْعَا مَا بَلَغَ » ؟ يُخْرَجُ عَلَى
رَوَايَتَيْنِ .

فصل : فَإِنْ كَسَبَتْ بَعْدَ جِنَايَتِهَا شَيْئًا فَهُوَ لِسَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ
لَهُ دُونَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّهُ مُنْفَصِلٌ عَنْهَا ، فَأُشْبِهَ
الْكَسْبَ . وَإِنْ فَدَاها فِي حَالِ حَمْلِهَا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا حَامِلًا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مُتَّصِلٌ
بِهَا ، أَشْبَهَ سِمَنَهَا . وَإِنْ أَتْلَفَهَا سَيِّدُهَا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَقَّ غَيْرِهِ ،
أَشْبَهَ إِتْلَافَ الرُّهْنِ . وَإِنْ نَقَصَهَا فَعَلَيْهِ نَقْصُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ضَمِنَ الْعَيْنَ ضَمِنَ
أَجْزَاءَهَا .

وَأُطْلِقَ هُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » . فَعَلِيَ الْمَذْهَبِ ، يَفْدِيهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ الْفِدَاءِ . قَالَه
الْأَصْحَابُ ، وَتَجِبُ قِيمَتُهَا مَعِيَّةَ بَعِيْبِ الْاِسْتِيْلَادِ .

(١) سقط من : م .

(٢) (٢-٢) فِي م : « بِالْعَا مَا بَلَغَتْ » .

وَأِنْ عَادَتْ فَجَنَّتْ ، فَذَاهَا أَيُّضًا . وَعَنْهُ ، يَتَعَلَّقُ ذَلِكَ بِذِمَّتِهَا . المقنع

٣٠٤٩ - مسألة : (فَإِنْ عَادَتْ فَجَنَّتْ ، فَذَاهَا أَيُّضًا . وَعَنْهُ ، يَتَعَلَّقُ ذَلِكَ بِذِمَّتِهَا) فَأَمَّا إِنْ جَنَّتْ جِنَايَاتٍ ، فَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَاتُ كُلُّهَا قَبْلَ فِدَاءِ شَيْءٍ مِنْهَا ، تَعَلَّقَ أَرْضُ الْجَمِيعِ بِرَقَبَتِهَا ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ فِيهَا كُلُّهَا إِلَّا قِيمَتُهَا ، أَوْ ^(١) أَرْضُ جَمِيعِهَا ، وَعَلَيْهِ الْأَقْلُ مِنْهُمَا ^(٢) ، وَيَشْتَرِكُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِمْ فِي الْوَاجِبِ لَهُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَفْرِ بِهَا تَحَاصُّوا فِيهَا بِقَدْرِ أُرُوشِ جِنَايَاتِهِمْ . وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ الثَّانِيَّةُ بَعْدَ فِدَائِهِ مِنَ الْأُولَى ، فَعَلَيْهِ فِدَاؤُهَا مِنَ الَّتِي بَعْدَهَا ، كَالأُولَى . وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً ثَانِيَةً عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ إِذَا فَدَاها بِقِيمَتِهَا مَرَّةً لَمْ يَلْزَمْهُ فِدَاؤُهَا بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا جَانِيَّةٌ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فَدَاها . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا يَضْمَنُهَا

قوله : وَإِنْ عَادَتْ فَجَنَّتْ ، فَذَاهَا أَيُّضًا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . الإِنصاف قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ مِنَ الرِّوَايَتَيْنِ ، وَالْمُخْتَارُ لِعَامَّةِ الْأَصْحَابِ ؛ أَبِي بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَأَصْحَابِهِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ ، حَتَّى قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَلَوْ جَنَّتْ أَلْفَ مَرَّةٍ . وَقَطَعَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ، وَ« الْمُنَوِّرِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ . قَالَ ابْنُ مُنَجَّى : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَعَنْهُ ، يَتَعَلَّقُ الْفِدَاءُ الثَّانِي وَمَا بَعْدَهُ بِذِمَّتِهَا . حَكَاهَا أَبُو الْخَطَّابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهَا » .

ثانيًا ، ويشارك الثاني الأول فيما أخذه ، كما لو كانت الجنايات^(١) قبل فدايتها . ولنا ، أنها لم ولد جانية ، فلزمه فداؤها ، كالأولى ، ولأن ما أخذه الأول عوض جنايته^(٢) ، أخذه بحق ، فلم يجوز أن يشاركه غيره فيه ، كأرش جناية الحر أو الرقيق القن . وفارق ما قبل الفداء ؛ لأن أرش الجنايات تعلّق برقيتها في وقت واحد ، فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة ، كما لو كانت الجنايات على واحد .

فصل : فإن أبرأ بعضهم من حقه ، توفّر الواجب على الباقي ، إذا كانت كلها قبل الفداء ، وإن كانت [الجناية]^(٣) المَعْفُو عنها بعد فدايته ، توفّر أرشها على سيدها .

و « التّرعيب » . وأطلقهما في « المذهب » . وقال في « الفائق » : قلت : المختار علم إلزامه [١٥٥/٣] جنايتها . فعلى الرواية الثانية ، قال في « الرّعاية » : قلت : يرجع الثاني على الأول بما يخصّه ممّا أخذه .

تنبيه : أطلق المصنّف هذه الرواية . وكذا أطلقها أبو الخطّاب في « الهداية » ، والمصنّف في « الكافي » ، والمجد في « المحرّر » ، وغيرهم . وقيد القاضى في كتاب « الروايتين » ، والمصنّف ، و « المغنى » ، والشارح ، حاكين ذلك عن أبي الخطّاب ، وابن حمدان في « رعايته » بما إذا فداها أولاً بقيمتها . قال الزّركشي : ومقتضى ذلك ، أنه لو فداها أولاً بأقل من قيمتها ، لزمه فداؤها ثانيًا

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « جانية » .

(٣) زيادة من المغنى ١٤ / ٦٠٥ .

فصل : وللسيد تزويجها وإن كرهت^(١) . وبهذا قال أبو حنيفة . وهو أحد قولَي الشافعي ، واختيارُ المُرَني . وقال في القديم : ليس له تزويجها^(٢) إلا برضاها ؛ لأنه قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها ، فلم يملك تزويجها^(٣) بغير رضاها ، كالمكاتبة . وقال في الثالث : ليس له تزويجها وإن رضى ، لأن ملكه فيها قد ضعف ، وهي لم تكمل ، فلم يملك تزويجها ، كالتيمة . وهل يُزوجها الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف . وقد روى عن أحمد ، أنه قيل له^(٤) : إن مالكاً لا يرى تزويجها . فقال : وما يصنع مالك ! هذا ابن عمر ، وابن عباس ، يقولان : إذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها^(٥) ولنا ، أنها أمة يملك الاستمتاع [٧٥/٦ و] بها^(٥) واستخدامها ، فملك تزويجها ، كالقن ،

بما بقي من القيمة ، بلا خلاف .

فائدة : قال المصنف ، والشارح : وإن جنت جنایات ، وكانت كلها قبل فداء شيء منها ، تعلق أرض الجميع برقيتها ، ولم يكن على السيد في الجنایات كلها إلا قيمتها ، أو أرض جميعها ، وعليه الأقل منهما . ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم ، فإن لم يف بها ، تحاصوا فيها بقدر أرضهم .

(١) في الأصل : « أكرهت » .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) تقدم تخريجه عن ابن عمر في صفحة ٤٤٢ .

(٥) في م : « منها » .

وَإِنْ قَتَلَتْ سَيِّدَهَا عَمْدًا فَعَلَيْهَا الْقِصَاصُ ، وَإِنْ عَفَوْا عَلَى مَالٍ ،
أَوْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ خَطَأً ، فَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا ، وَتَعْتَقُ فِي
الْمَوْضِعَيْنِ .

وفارق المكاتبة ، فإنه لا يملك ذلك منها . والقول الثالث فاسد ؛ لذلك ،
ولأنه يُفَضَى إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه . وقولهم : يزوجه
الحاكم . لا يصح ؛ فإن الحاكم لا يزوجه إلا عند عدم الولي أو غيبته أو
عضله ، ولم يوجد واحد منها . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا زوجه فالمهر له ؛
لأنه بمنزلة كسبها ، وكسبها له .

٣٠٥٠ - مسألة : (وإن قَتَلَتْ سَيِّدَهَا عَمْدًا فَعَلَيْهَا الْقِصَاصُ ، وَإِنْ
عَفَوْا عَلَى مَالٍ ، أَوْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ خَطَأً ، فَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا ، وَتَعْتَقُ فِي
الْمَوْضِعَيْنِ) إذا قَتَلَتْ أُمُّ الْوَلَدِ سَيِّدَهَا عَمْدًا ، فَعَلَيْهَا الْقِصَاصُ لَوَرَثَةِ
سَيِّدِهَا ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنْهَا وَلَدٌ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ أُمُّ وَلَدٍ . وَإِنْ كَانَ لَهُ مِنْهَا
وَلَدٌ ، وَهُوَ الْوَارِثُ وَحْدَهُ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوَجَبَ

تنبيه : قوله : وَإِنْ قَتَلَتْ سَيِّدَهَا عَمْدًا ، فَعَلَيْهَا الْقِصَاصُ . مقيّد بما إذا لم يكن
لها منه وَلَدٌ ، فَإِنْ كَانَ لَهَا مِنْهُ وَلَدٌ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ،
وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَدْ صَرَّحُوا بِهِ فِي بَابِ شُرُوطِ الْقِصَاصِ بِقَوْلِهِمْ : وَتَمَّى وَرِثَ
وَلَدَهُ الْقِصَاصُ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ، فَلَوْ قَتَلَ امْرَأَتَهُ ، وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ ، سَقَطَ
عَنْهُ الْقِصَاصُ . وَنَقَلَ مُهَنَّأٌ ، يَقْتُلُهَا أَوْلَادُهُ مِنْ غَيْرِهَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ :
وَهِيَ مُخَالَفَةٌ لِأَصُولِ مَذْهَبِهِ . وَالصَّحِيحُ ، لَا قِصَاصَ عَلَيْهَا . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » :

لَوْلَدِهَا ، وَلَا يَجِبُ لِلْوَلَدِ عَلَى أُمِّهِ قِصَاصٌ . وَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّا ، وَقَالَ : دَعْنَا مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ . وَقِيَاسُ مَذْهَبِهِ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ مَعَ وَلَدِهِ مِنْهَا أَوْلَادٌ لَهُ مِنْ غَيْرِهَا ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ حَقَّ وَلَدِهَا مِنَ الْقِصَاصِ يَسْقُطُ ، فَيَسْقُطُ كُلُّهُ . وَنَقَلَ مُهَنَّا عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَقْتُلُهَا أَوْلَادُهُ مِنْ غَيْرِهَا . وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُخَالِفُ أَصُولَ مَذْهَبِهِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَيْهَا . وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، فَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : عَلَيْهَا الدِّيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا تَصِيرُ حُرَّةً ، وَلِذَلِكَ لَزِمَهَا مُوجِبُ جِنَايَتِهَا ، وَالْوَاجِبُ عَلَى الْحُرِّ بَقْلُ

وَلَوْلِيِّهِ ، مَعَ فَقْدِ أَيْهَمَا ، الْقَوْدُ . وَقِيلَ : مُطْلَقًا .
قَوْلُهُ : فَإِنْ عَفَوْا عَلَى مَالٍ ، أَوْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ خَطَأً ، فَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا . هَذَا إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ، وَالْمُصَنِّفِ ، فِي كُتُبِهِ ، وَالْقَاضِي ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهَا الْأَقْلُ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ دِيَّتِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجُزِمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«مَسْبُوكِ الذَّهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْمُحَرَّرِ» ، وَ«النَّظْمِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«الْوَجِيزِ» ، وَ«الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» .
قَالَ نَازِمُ الْمُفْرَدَاتِ :

إِنْ قَتَلْتَ فِي الْحُكْمِ أُمَّ الْوَلَدِ سَيِّدَهَا فِي خَطَأٍ لِلرَّشَدِ
أَوْ كَانَ عَمْدًا فَعَفَوْا لِلْمَالِ قِيمَتُهَا تَلْزَمُ فِي الْمَقَالِ
أَوْ دِيَّةً ، فَانْقَصُ الْأَمْرَيْنِ يَلْزَمُهَا إِذْ ذَاكَ فِي الْحَالَيْنِ

قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : وَلَعَلَّ إِطْلَاقَ الْأَوَّلَيْنِ مَحْمُولٌ عَلَى الْغَالِبِ ؛ إِذِ الْغَالِبُ أَنَّ قِيمَةَ الْأَمَةِ

الْحُرِّ دَيْتُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهَا جِنَايَةٌ مِنْ أُمِّ وَلَدٍ ، فَلَمْ يَجِبْ بِهَا أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهَا ، كَمَا لَوْ جَنَّتْ^(١) عَلَى أَجْنَبِيٍّ ، وَلَأنَّ اعْتِبَارَ الْجِنَايَةِ فِي حَقِّ الْجَانِي بِحَالِ الْجِنَايَةِ ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ جَنَى عَبْدٌ فَأَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ، وَهِيَ فِي حَالِ الْجِنَايَةِ أَمَةٌ ، فَإِنَّهَا إِنَّمَا عَتَقَتْ بِالْمَوْتِ الْحَاصِلِ بِالْجِنَايَةِ ، فَيَكُونُ عَلَيْهَا فِدَاءُ نَفْسِهَا بِقِيَمَتِهَا ، كَمَا يَفْدِيهَا سَيِّدُهَا إِذَا قَتَلَتْ غَيْرَهُ^(٢) ، وَلَأنَّهَا نَاقِصَةٌ بِالرَّقِّ ، أَشْبَهَتْ الْقِنَّ ، وَتَفَارِقُ الْحُرَّ ؛ فَإِنَّهُ جَنَى وَهُوَ كَامِلٌ ، وَإِنَّمَا تَعْلَقُ مُوَجَّبُ الْجِنَايَةِ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا فَوَّتَتْ رِقَّهَا بِقَتْلِهَا سَيِّدَهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ فَوَّتَ الْمُكَاتَبُ الْجَانِي رِقَّهُ بِأَدَائِهِ .

لَا تَزِيدُ عَلَى دِيَةِ الْحُرِّ . انْتَهَى . قَالَ الْأَصْحَابُ : سَوَاءٌ قُلْنَا : الدِّيَةُ تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْوَرِثَةِ ، أَوْ لَا . وَفِي « الرُّوْضَةِ » : دِيَةُ الْخَطَا عَلَى عَاقِلَتِهَا ؛ لِأَنَّ عِنْدَ آخِرِ جُزْءٍ مَاتَ مِنَ السَّيِّدِ عَتَقَتْ ، وَوَجَبَ الضَّمَانُ .

فائدة : وَكَذَا إِنْ قَتَلَتْهُ الْمُدَبَّرَةُ ، وَقُلْنَا : تَعْتِقُ . عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي آخِرِ بَابِ الْمُدَبَّرِ .
قَوْلُهُ : وَتَعْتِقُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ فِيمَا عُلِّلَ بِهِ : بِهَ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِيلَادَ كَمَا أَنَّهُ سَبَبٌ لِلْعِتْقِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، كَذَلِكَ النَّسَبُ سَبَبٌ لِلْإِرْثِ ، فَكَمَا جَازَ تَخَلُّفُ الْإِرْثِ مَعَ قِيَامِ السَّبَبِ بِالنَّصِّ ، فَكَذَلِكَ يَتَّبَعِي أَنْ يَتَخَلَّفَ الْعِتْقُ مَعَ قِيَامِ سَبَبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِثْلُهُ . وَقَدْ قِيلَ فِي وَجْهِ الْفَرْقِ : إِنَّ الْحَقَّ - وَهُوَ الْحُرِّيَّةُ - لَغَيْرِهَا ، فَلَا تَسْقُطُ بِفِعْلِهَا ، بِخِلَافِ الْإِرْثِ ، فَإِنَّهُ مَحْضُ حَقِّهَا . وَأُورِدَ عَلَيْهِ الْمُدَبَّرَةُ ، يُبْطَلُ تَذْيِيرُهَا إِذَا قَتَلَتْ سَيِّدَهَا ، وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ لَغَيْرِهَا ،

(١) فِي م : « وَجِبَ » .

(٢) فِي م : « غَيْرَهَا » .

وَلَا حَدٌّ عَلَى قَازِفِهَا . وَعَنْهُ ، عَلَيْهِ الْحَدُّ .

المقنع

الشرح الكبير

٣٠٥١ - مسألة : (وَلَا حَدٌّ عَلَى قَازِفِهَا . وعنه ، عليه الحدُّ)
والأَوَّلُ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ ؛ لِأَنَّ
ذَلِكَ يُرَوَى عَنْ ابْنِ عَمْرٍ^(١) . وَلِأَنَّ قَازِفَهَا قَذْفٌ لَوْلَدِهَا الْحُرُّ ، وَفِيهَا
مَعْنَى مَنَعَ يَبْعَهَا ، أَشْبَهَتِ الْحُرَّةَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهَا أَمَةٌ ، حَكَمُهَا حَكْمُ
الْإِمَاءِ فِي أَكْثَرِ أَحْكَامِهَا ، فَفِي الْحَدِّ أَوْلَى ؛ ^(٢) «لِأَنَّ الْحُدُودَ تُنْذَرُ»
بِالشُّبُهَاتِ ، وَيُخْتَلَطُ لِإِسْقَاطِهَا ، وَ^(٣) «لِأَنَّهَا أَمَةٌ تَعْتَقُ بِالمَوْتِ ، أَشْبَهَتِ
الْمُدَبَّرَةَ ، وَتُفَارِقُ الْحُرَّةَ ، فَإِنَّهَا كَامِلَةٌ .

فصل : وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْحُرَّةِ [٧٥/٦ ظ] بِقَتْلِهَا ؛ لِعَدَمِ
الْمُكَافَأَةِ . فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ لَهَا^(٤) رَقِيقًا ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَيْهِ^(٥) ؛ لِأَنَّهَا
أَكْمَلُ مِنْهُ . وَإِنْ جَنَّتْ عَلَى عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ جُنَايَةً فِيهَا الْقِصَاصُ ، لَزِمَهَا
الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهَا أَمَةٌ ، أَحْكَامُهَا أَحْكَامُ الْإِمَاءِ ، وَاسْتِحْقَاقُهَا الْعِتْقَ لَا يَمْنَعُ
الْقِصَاصَ ، كَالْمُدَبَّرَةِ .

وَأُجِيبَ بِضَعْفِ السَّبَبِ فِي الْمُدَبَّرَةِ .

الإنصاف

قوله : وَلَا حَدٌّ عَلَى قَازِفِهَا . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه .
وعنه ، عليه الحدُّ . وعنه ، عليه الحدُّ إِنْ كَانَ لَهَا ابْنٌ ؛ لِأَنَّهُ أَرَادَهُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ :

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٤٣٩/٧ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٥٠٧/٩ .

(٢-٣) في الأصل : «لأنه يدرأ» .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

فَصْلٌ : إِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ الْكَافِرِ ، أَوْ مُدَبَّرَتُهُ ، مُنِعَ مِنْ غَشْيَانِهَا ، وَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَأُجْبِرَ عَلَى نَفَقَتِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ ، فَإِنْ أَسْلَمَ حَلَّتْ لَهُ ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ عَتَقَتْ . وَعَنْهُ ، أَنَّهَا تُسْتَسْعَى فِي حَيَاتِهِ ، وَتَعْتَقُ .

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ الْكَافِرِ ، أَوْ مُدَبَّرَتُهُ ، مُنِعَ مِنْ غَشْيَانِهَا ، وَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَأُجْبِرَ عَلَى نَفَقَتِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ . « وَإِنْ أَسْلَمَ ، حَلَّتْ لَهُ » . وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ عَتَقَتْ . وَعَنْهُ ، أَنَّهَا تُسْتَسْعَى فِي حَيَاتِهِ ، وَتَعْتَقُ) يَصِحُّ اسْتِيلَادُ الْكَافِرِ لِأُمِّهِ ، كَمَا يَصِحُّ مِنْهُ عِتْقُهَا . وَإِذَا اسْتَوْلَدَ أُمُّهُ ثُمَّ أَسْلَمَتْ ، لَمْ تَعْتَقْ فِي الْحَالِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَعْتَقُ ؛ إِذَا لَا سَبِيلَ إِلَى بَيْعِهَا ، وَلَا إِلَى

وَيَنْبَغِي إِجْرَاءُ الرَّوَائِثِ فِيهَا إِذَا كَانَ لَهَا زَوْجٌ حُرٌّ ، وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي إِجْرَاؤُهَا فِي الْأَمَةِ الْقَيْنِ . وَنَظِيرُ ذَلِكَ ، لَوْ قَذَفَ أُمَّةٌ ، أَوْ ذِمِّيَّةٌ لَهَا ابْنٌ أَوْ زَوْجٌ مُسْلِمَانِ ، فَهَلْ يُحَدُّ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ . ذَكَرَهُمَا الْمَجْدُ وَغَيْرُهُ . وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَيَّدَ الْابْنُ وَالزَّوْجُ بِأَنْ يَكُونَا حُرَّيْنِ . انْتَهَى .

قوله : وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ الْكَافِرِ ، أَوْ مُدَبَّرَتُهُ ، مُنِعَ مِنْ غَشْيَانِهَا ، وَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا . بَلَا نِزَاعٍ . وَمُقْتَضَى ذَلِكَ ، أَنَّ مَلَكَهُ بَاقٍ عَلَيْهِمَا ، وَأَنَّهَا لَمْ يَعْتَقَا . أَمَّا فِي أُمِّ الْوَلَدِ ، فَهِيَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الزَّرَّكَشِيُّ : وَهُوَ الْمَذْهَبُ الْمُخْتَارُ لِأَبِي بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَأَبِي الْخَطَّابِ ، وَالشَّرِيفِ ، وَالشَّيرَازِيِّ ،

إقرار ملكه عليها ؛ لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة ، فلم يَجْزُ ، كالأمة القين . ونقل مُهَنَّأ عن أحمد مثل ذلك . وعن أحمد رواية أخرى ، أنها تُسْتَسْعَى ، فإن أدت عتقت . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن فيه جمعا بين الحقيين ، حَقَّها في أن لا يَبْقَى ملك الكافر عليها^(١) ، وحَقَّه في حصول عوض ملكه ، فأشبهه ببيعها إذا لم تكن أم ولد . ولنا ، أنه إسلام طرأ على ملك ، فلم يُوجب عتقا ولا سعاية ، كالعبد القين . وما ذكرناه مُجَرَّدُ^(٢) حِكْمَةٍ لم يُعرف من الشارع اعتبارها ، ويُقابِلُها ضَرَرٌ ، فإن في إعتاقها مجانا إضرارا بالملك ، بإزالة ملكه بغير عوض ، وفي الاستسعاء إلزامها^(٣) الكسب بغير رضاها ، وتضييع لحق سيدها ؛ لأن فيه إحالة على

وغيرهم . وصححه المصنف ، والشارح ، وغيرهما . قال ابن منجى : هذا المذهب . وقدمه في « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المحرر » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم . وعنه ، تعتق في الحال بمجرد إسلامها . نقلها مُهَنَّأ . قاله المصنف في « الكافي » . قال الزركشي : ولا أعلم له سلفا في ذلك . وعنه ، أنها تُسْتَسْعَى [١٥٥/٣ ط] في حياته وتعتق . نقلها مُهَنَّأ . قاله القاضي ، ولم يثبتها أبو بكر ، فقال : أظن أن أبا عبد الله أطلق ذلك لمُهَنَّأ ، على سبيل المناظرة للوقت . وأما المدبرة ، فحكمها حكم المدبر إذا أسلم . وقد ذكره المصنف في باب التدبير . وتقدم الكلام على ذلك مُستوفى ، فليراجع . وظاهر كلام المصنف ،

(١) في م : « عليه » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل : « إلزاما » .

سَعَايَةٍ لَا يُدْرَى هَلْ يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ أَوْ لَا ، وَإِنْ حَصَلَ ، فَالظَاهِرُ أَنَّهُ يَكُونُ
يَسِيرًا فِي أَوْقَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، وَجُودُهُ قَرِيبٌ مِنْ عَدَمِهِ . وَالْأَوَّلَى أَنْ يَنْقَى الْمَلِكُ
عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَيُمْنَعَ مِنْ وَطْئِهَا وَالتَّلَذُّذِ بِهَا ، كَيْ لَا يَفْعَلَ ذَلِكَ وَهُوَ
مُشْرِكٌ ، وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَيُمْنَعُ الْخُلُوعَ بِهَا ؛ لِئَلَّا يُفْضَى إِلَى الْوَطْءِ
الْمُحَرَّمِ . وَيُجْبَرُ عَلَى نَفَقَتِهَا عَلَى التَّمَامِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، وَمَنْعُهُ مِنْ
وَطْئِهَا بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ مِنْهَا ، فَأَشْبَهَتْ الْحَائِضَ وَالْمَرِيضَةَ ، وَتُسَلَّمُ إِلَى امْرَأَةٍ
ثِقَةٍ ، تَكُونُ عِنْدَهَا ، لِتَحْفَظَهَا وَتَقُومَ بِأَمْرِهَا . وَإِنْ اخْتَاجَتْ إِلَى أَجْرٍ أَوْ
أَجْرٍ مَسْكَنٍ فَعَلَى سَيِّدِهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ نَفَقَتَهَا فِي كَسْبِهَا ،
وَالْفَاضِلَ مِنْهُ ^(١) لِسَيِّدِهَا . فَإِنْ عَجَزَ كَسْبُهَا عَنْ نَفَقَتِهَا ، فَهَلْ يَلْزَمُ سَيِّدُهَا
تَمَامُ نَفَقَتِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَنَحْنُ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ شَيْخُنَا ^(٢) :
وَالصَّحِيحُ أَنَّ نَفَقَتَهَا عَلَى سَيِّدِهَا ، وَكَسْبُهَا لَهُ ، يَصْنَعُ بِهِ مَا شَاءَ ، وَعَلَيْهِ
نَفَقَتُهَا عَلَى التَّمَامِ ، سَوَاءً كَانَ لَهَا كَسْبٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، وَلَمْ
يَجْرِ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ يُسْقِطُ نَفَقَتَهَا ، وَلَا تَمْلِكُ بِهِ كَسْبُهَا ، فَهِيَ كَأَمْتِهِ الْقِنِّ ،
أَوْ مَا قَبْلَ إِسْلَامِهَا ، وَلَئِنْ الْمَلِكُ سَبَبٌ لِهَذَيْنِ الْحُكْمَيْنِ ، وَالْحَادِثُ

أَنَّ رِوَايَةَ الْإِسْتِيعَاءِ عَائِدَةً إِلَى أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرَةِ ، وَالْمَنْقُولُ أَنَّهَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ . وَحَمَلُهَا
ابْنُ مُنَجَّجٍ عَلَى ظَاهِرِهَا ، وَجَعَلَهَا عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ جَوَازِ بَيْعِ الْمُدَبَّرَةِ .

قَوْلُهُ : وَأُجْبِرَ عَلَى نَفَقَتِهَا ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ . هَذَا الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ ابْنُ
عَبْدُوسٍ فِي « تَذَكِيرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

(٢) فِي : الْمَغْنَى ٦٠١/١٤ .

وَإِذَا وَطِئَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْجَارِيَةَ ، فَأَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمًّا وَلَدٍ ^{المقنع}

الشرح الكبير

منهما^(١) لا يَصْلُحُ مانِعًا ؛ لِأَنَّ الاسْتِيلَادَ لَا يَمْنَعُ مِنْهَا ، بِدَلِيلِ مَا قَبْلَ إِسْلَامِهَا^(٢) ، وَالْإِسْلَامُ لَا يَمْنَعُ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ وُجِدَ قَبْلَ وَلادَتِهَا ، وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا [٧٦/٦] يَمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ^(٣) إِذَا لَمْ تَلْزَمْهُ نَفَقَتُهَا ، وَلَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ ، أَفْضَى إِلَى هَلَاكِهَا وَضَيَاعِهَا ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ فَاضِلَ كَسْبِهَا ، فَلَزِمَ فَضْلُ نَفَقَتِهَا ، كَسَائِرِ مَمَالِكِهِ .

٣٠٥٢ - مسألة : (وَإِذَا وَطِئَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْجَارِيَةَ وَأَوْلَدَهَا ،

و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرِّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ : وَالصَّحِيحُ أَنَّ نَفَقَتَهَا عَلَى سَيِّدِهَا ، وَالْكَسْبَ لَهُ ، يَصْنَعُ بِهِ مَا شَاءَ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا عَلَى التَّمَامِ ؛ سِوَاءَ كَانَ لَهَا كَسْبٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَالْخِرَقِيُّ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَعَنْهُ ، لَا تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهَا بِحَالٍ ، وَتُسْتَسْعَى فِي قِيمَتِهَا ، ثُمَّ تَعْتَقُ . كَمَا تَقَدَّمَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ نَفَقَتَهَا فِي كَسْبِهَا ، وَالْفَاضِلَ مِنْهُ لِسَيِّدِهَا ؛ فَإِنْ عَجَزَ كَسْبُهَا عَنْ نَفَقَتِهَا ، فَهَلْ يَلْزَمُ السَّيِّدَ تَمَامُ نَفَقَتِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَتَبَعَ الْقَاضِي جَمَاعَةً مِنَ الْأَصْحَابِ .

قوله : وَإِذَا وَطِئَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْجَارِيَةَ ، فَأَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ ، وَوَلَدُهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « إِسْلَامُهُ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلَا » .

لَهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، كَانَ فِي ذِمَّتِهِ .

صارت أم ولد له ، وولده حر ، وعليه قيمة نصيب شريكه ، فإن كان مُعْسِرًا ، كان في ذمته (وطء الجارية المشتركة مُحَرَّمٌ ، بغير خلافٍ عَلِمْنَاهُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ . ولا حَدٌّ فِيهِ ، في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو ثور : يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ مُحَرَّمًا ، فَأَشْبَهَ وَطِئَ الْأُمَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ . ولنا ، أَنَّهُ وَطِئَ صَادَفَ مِلْكَهُ ، فَلَمْ يَجِبْ بِهِ ^(١) الْحَدُّ ، كَوَطِئَ زَوْجَتَهُ الْحَائِضَ ، وَيُفَارِقُ مَا لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا ^(٢) ، فَإِنَّهُ لَا شُبْهَةَ لَهُ فِيهَا ، وَلِهَذَا لَوْ سَرَقَ عَيْنًا لَهُ فِيهَا شَرَكٌ لَمْ يَقْطَعْ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهَا مِلْكٌ قُطِعَ . وَيَجِبُ

حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ . لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا قِيمَةُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ فَقَطْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، يَلْزَمُهُ مَعَ ذَلِكَ نِصْفُ مَهْرِهَا . وَعَنْهُ ، يَلْزَمُهُ مَعَ نِصْفِ الْمَهْرِ - نِصْفُ قِيمَةِ الْوَلَدِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ وَضَعْتَهُ بَعْدَ التَّقْوِيمِ ، فَلَا شَيْءَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا وَضَعْتَهُ فِي مِلْكِهِ ، وَإِنْ وَضَعْتَهُ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَالرَّوَايَتَانِ . وَاخْتَارَ اللَّزُومَ . قَالَه الزَّرْكَاشِيُّ .

قوله : وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، كَانَ فِي ذِمَّتِهِ . هذا المذهب . نص عليه . واختاره

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « فِيهِ » .

عليه التَّغْزِيرُ بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لما ذَكَرْنَا فِي حُجَّةِ أُمِّي ثَوْرٍ . فَإِنْ وَطَّئَهَا
وَلَمْ تَحْمِلْ مِنْهُ ، فَهِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى مِلْكِهِمَا ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ
وَطَّءَ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ ، فَأَوْجَبَ مَهْرَ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ وَطَّئَهَا يَطْنُهَا
امْرَأَتَهُ . وَسَوَاءٌ طَاوَعَتْهُ أَوْ أَكْرَهَهَا ؛ لِأَنَّ وَطَّءَ جَارِيَةِ الْغَيْرِ يُوجِبُ الْمَهْرَ
وَإِنْ طَاوَعَتْ ، لِأَنَّ الْمَهْرَ لِسَيِّدِهَا ، لَا يَسْقُطُ بِمَطَاوَعَتِهَا ، كَمَا لَوْ أَذْنَتْ فِي
قَطْعِ بَعْضِ أَعْضَائِهَا . وَالْوَاجِبُ عَلَيْهِ مِنَ الْمَهْرِ بِقَدْرِ مِلْكِ الشَّرِيكِ فِيهَا .
فَأَمَّا إِنْ أَحْبَلَهَا ، وَوَضَعَتْ مَا يَتَبَيَّنُ فِيهِ بَعْضُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ
بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَدٍ لِلوَاطِئِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ خَالِصَةً لَهُ ، وَتَخْرُجُ بِذَلِكَ عَنْ مِلْكِ
الشَّرِيكِ ، كَمَا ^(١) تَخْرُجُ بِالْإِعْتَاقِ ، مُوسِرًا كَانَ الْوَاطِئُ أَوْ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّ
الْإِلَادَ أَقْوَى مِنَ الْإِعْتَاقِ . وَهَذَا قَوْلُ الْخِرَقِيِّ . وَيَلْزَمُهُ نِصْفُ قِيَمَتِهَا ؛
لِأَنَّهُ أَخْرَجَ نِصْفَهَا مِنْ مِلْكِ الشَّرِيكِ ، فَلَزِمَتْهُ قِيَمَتُهُ ، كَمَا لَوْ أَخْرَجَهُ بِالْإِعْتَاقِ
أَوْ الْإِتْلَافِ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَذَاهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ ، كَمَا
لَوْ أَتْلَفَهَا . وَالْوَلَدُ حُرٌّ ، يَلْحَقُ نَسَبُهُ بِوَالِدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ فِي مَحَلٍّ لَهُ فِيهِ

الْخِرَقِيُّ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ،
و « النَّظْمِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
و « الْفَاتِقِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعِنْدَ الْقَاضِي فِي
« الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، وَأَبَى الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » ؛ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَسِرْ
اسْتِيلَاذُهُ ، فَلَا يُقَوِّمُ عَلَيْهِ نَصِيبَ شَرِيكِه ، بَلْ يَصِيرُ نِصْفُهَا أُمٌّ وَلَدٍ ، وَنِصْفُهَا قِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِمَّا » .

فَإِنْ وَطَّئَهَا الثَّانِي بَعْدَ ذَلِكَ ، فَأَوْلَدَهَا ، فَعَلَيْهِ مَهْرُهَا ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ [٢٠٠ ط] ، وَإِنْ جَهْلَ إِيْلَادَ شَرِيكِهِ ، أَوْ أَنَّهَا صَارَتْ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ ، فَوَلَدُهُ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ .

مِلْكٌ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ وَطَّيَ زَوْجَتَهُ . فعلى هذا القول (إن وَطَّئَهَا الثَّانِي بَعْدَ ذَلِكَ ، فَأَوْلَدَهَا ، فعليه مَهْرُهَا) لَأَنَّهُ وَطَّءَ صَادَفَ مِلْكٍ ^(١) الْغَيْرِ ، فَأُشْبِهَ وَطَّءَ ^(٢) الْأَمَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ (فَإِنْ كَانَ عَالِمًا ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ) لَأَنَّهُ وَطَّءَ فِي غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا شُبْهَةِ مِلْكٍ ، فَهُوَ كَوَطَّءَ مَمْلُوكَةٍ غَيْرِهِ (وَإِنْ جَهْلَ إِيْلَادَ شَرِيكِهِ ، وَأَنَّهَا صَارَتْ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ ، فَوَلَدُهُ حُرٌّ) لَأَنَّهُ مِنْ وَطَّءِ شُبْهَةٍ (وَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ) بِقِيَمَتِهِ (يَوْمَ الْوِلَادَةِ) لَأَنَّهُ الْوَقْتُ الَّذِي يُمَكِّنُ فِيهِ التَّقْوِيمَ (ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ) وَقَالَ الْقَاضِي : الصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَسْرَى اسْتِيْلَادُهُ

بَاقٍ عَلَى مِلْكٍ الشَّرِيكِ . فعلى هذا القول ، هل وَلَدُهُ حُرٌّ أَوْ نَصْفُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَنَّهُ حُرٌّ كُلُّهُ . ثُمَّ وَجَدْتُ الزَّرْكَشِيَّ قَالَ ذَلِكَ . قَالَ ابْنُ رَزِينَ فِي « شَرْحِهِ » : وَهُوَ أَصَحُّ .

قوله : فَإِنْ وَطَّئَهَا الثَّانِي بَعْدَ ذَلِكَ ، فَأَوْلَدَهَا ، فعليه مَهْرُهَا ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ ، وَإِنْ جَهْلَ إِيْلَادَ شَرِيكِهِ ، أَوْ أَنَّهَا صَارَتْ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ ، فَوَلَدُهُ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ »

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « فَهُوَ كَوَطَّءَ » .

إذا كان مُعْسِرًا ، ولا يُقَوِّمُ عليه نَصِيبُ شَرِيكِهِ ، بل يَصِيرُ نِصْفُهَا أُمُّ وَلَدٍ وَنِصْفُهَا قِنْ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الإِحْبَالَ كَالْعِتْقِ ، وَيَجْرَى مَجْرَاهُ فِي التَّقْوِيمِ وَالسَّرَايَةِ ، فَاعْتَبِرَ فِي سِرَايَتِهِ الْيَسَارُ ، كَالْعِتْقِ . وَهُوَ [٧٦/٦ ظ] قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا وَلَدَتْ ، يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ كُلُّهُ حُرًّا ، وَاحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ حُرًّا وَنِصْفُهُ رَقِيقًا ، كَأُمِّهِ ، وَوَلَدِ الْمُعْتَقِ بَعْضُهَا . وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لَمْ يَسْتَحِلَّ ائْتِقَادَ الْوَلَدِ ^(١) مِنْ حُرٍّ وَقِنْ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْاِسْتِيلَادَ أَقْوَى مِنَ الْعِتْقِ ، وَلِهَذَا يُنْفَذُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ مِنَ الْمَرِيضِ وَمِنَ الْمَجْنُونِ ، بِخِلَافِ الْإِئْتِقَاقِ .

فصل : وهل يَلْزَمُهُ نِصْفُ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، ذَكَرَهُمَا أَبُو الْخَطَّابِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ خَلِيقَ حُرًّا ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ قِيَمَةُ وَلَدِهِ الْحُرِّ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمُهُ نِصْفُ قِيَمَتِهِ لَشَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ صَادَفَ مِلْكَ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا انْتَقَلَتْ بِالْوَطْءِ الْمَوْجِبِ لِلْمَهْرِ ،

وغيره . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، وَأَبِي الْخَطَّابِ ، تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لَهَا ؛ مَنْ مَاتَ مِنْهُمَا عَتَقَ حَقُّهُ ، وَيَتَكَمَّلُ عِتْقُهَا بِمَوْتِ الْآخَرِ . وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ مَا يُشَابِهُ ذَلِكَ ، فِي قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : وَإِنْ كَاتَبَ اثْنَانِ جَارِيَتَهُمَا ، ثُمَّ وَطَّأَهَا . وَمَا يُشَابِهُهَا أَيْضًا ، مَا إِذَا كَاتَبَ حِصَّتَهُ ، وَأَعْتَقَ الشَّرِيكَ قَبْلَ أَدَائِهِ . فَلْيُرَاجَعْ .

(١) فِي م : « الْأَوَّلِ » .

المفنع وَعِنْدَ الْقَاضِي ، وَأَبَى الْخَطَّابِ ، إِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مُعْسِرًا لَمْ يَسْرِ اسْتِيلَادُهُ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لهُمَا ، يَعْتَقُ نِصْفَهَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا . وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَهَلْ يُقَوِّمُ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شَرِيْكِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير فيكون الوطء سبب الملك ، ولا يثبت الملك^(١) إلا بعد تمام سببه ، فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه ، فيكون في ملك غيره ، وفعله ذلك منع^(٢) انخلاق الولد على ملك الشريك ، فيجب عليه نصف قيمته ، كولد المغرور . وقال القاضي : إن وضعت الولد بعد التقويم ، فلا شيء على الواطئ ؛ لأنها وضعت في ملكه ، ووقت الوجوب حالة الوضع ، ولا حق للشريك فيها ولا في ولدها . وإن وضعت قبل التقويم ، فهل تلزمه قيمة نصفه ؟ على روايتين ، ذكرهما أبو بكر ، واختار أنه لا يلزمه .

٣٠٥٣ - مسألة : (وعند القاضي ، وأبي الخطاب ، إن كان الأول مُعْسِرًا لم يسر استيلاده ، وتصير أم ولد لهما ، يعتق نصفها بموت أحدهما) لأنها أم ولد له ، وقد ذكرنا ذلك (وإن أعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسر ، فهل يقوّم عليه نصيب شريكه ؟ على وجهين) أحدهما ،

الإنصاف قوله : (وإن أعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك - يعني ، بعد حكمنا بأنها صارت أم ولد لهما ، على قول القاضي ، وأبي الخطاب - وهو موسر ، فهل يقوّم عليه نصيب شريكه ؟ على وجهين . أحدهما ، يقوّم عليه . وهو المذهب . قال في

(١) في م : « الحكم » .

(٢) في م : « مع » .

لا يَسْرِي عِتْقُهُ ؛ لَأَنَّهُ ^(١) يُطِيلُ حَقَّ صَاحِبِهِ مِنَ الْوَلَاءِ الَّذِي قَدْ اِنْعَقَدَ سَبَبُهُ بِالْاِسْتِيلَادِ . والثاني ، يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِحَدِيثِ ابْنِ عَمَرَ ^(٢) . وهو أَوْلَى وَأَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : ولا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لَهُ ^(٣) فِي الْأَمَةِ مِلْكٌ قَلِيلٌ أَوْ كَثِيرٌ ، فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ مَالِكَ الْيَسِيرِ يَمْلِكُ بَعْضُهَا ، أَشْبَهَ الْكَثِيرَ . وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

« الْفُرُوعِ » : مَضْمُونًا عَلَيْهِ عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَهُوَ أَوْلَى وَأَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : وَهُوَ أَصَحُّ وَأَقْوَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَقُومُ عَلَيْهِ ، بَلْ يَغْتَقُ مَجَانًا . وَقِيلَ : لَا يَغْتَقُ إِلَّا مَا أَعْتَقَهُ ، وَلَا يَسْرِي إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ . وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ ^(٤) .

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَلَا » .

(٢) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٢٥٩/١٥ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) نِهَايَةُ التَّلَفِ فِي الْمَخْطُوطَةِ الْأَصْلِ .

فهرس الجزء التاسع عشر من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

كتاب العتق

- فائدة : العتق ؛ عبارة عن تحرير الرقبة ،
وتخليصها من الرّق ... ٥
- ٢٩٠٩ - مسألة : (وهو من أفضل القرب) ٧ ، ٦
فوائد ؛ منها ، أفضل عتق الرقاب ،
أنفسها عند أهلها ،
وأغلاها ثمنًا ... ٦
ومنها ، عتق الذكر أفضل من
عتق الأنثى ... ٦
ومنها ، عتق الأنثى كعتق الذكر في
الفكاك من النار ... ٦
- ٢٩١٠ - مسألة : (والمستحب عتق من له كسب) ٩ - ٧
فوائد ؛ الأولى ، لو خاف على الرقيق الزنى
والفساد ، كره عتقه ، ... ٨
الثانية ، لو أعتق عبده أو أمته ،
واستثنى نفعه مدة معلومة ،
صح ... ٨
الثالثة ، قال في ... : يصح العتق
ممن تصح وصيته ... ٩
- ٢٩١١ - مسألة : (ويحصل العتق بالقول والمملك) ١٣ - ١٠
تنبيه : ظاهر قوله : فأما القول فصريحه
لفظ العتق والحرية كيف صُرِّفاً ... ١٠

- فائدة : لو قصد غير العتق ،...، لم يعتق،... ١١
تنبيه : قوله : صريحه لفظ العتق والحرية
كيف صُرِّفاً . ليس على إطلاقه ،... ١١
(وفي قوله : لا سبيل لي عليك ، ولا
سلطان لي عليك ، و...، روايتان ؛...) ١٣
٢٩١٢ - مسألة : (وفي قوله لأُمته : أنت طالق ، وأنت
حرام . روايتان ؛ ...) ١٦ ، ١٧
فصل : وإن قال لأُمته : أنت حرام عليّ .
ينوى به العتق ، عتقت ... ١٧
٢٩١٣ - مسألة : (وإن قال لعبده ، وهو أكبر منه : أنت
ابني . لم يعتق ...) ١٨ ، ١٩
تنبيه : قوله : وإذا قال لعبده ، وهو أكبر
منه ... ١٩
تنبيه : قال ابن رجب ،... : هذا جميعه مع
إطلاق اللفظ ،... ١٩
فائدة : لو قال لأصغر منه : أنت أبى .
فالحكم كما لو قال لأكبر منه :
أنت ابني ... ١٩
فائدة أخرى : لو قال : أعقتك - أو : أنت
حر - من ألف سنة . لم يعتق ... ٢٠
فائدة : لو قال لزوجته ، وهى أكبر منه :
هذه ابنتى ... ٢٠
٢٩١٤ - مسألة : (وإن أعتق حاملاً عتق جنينها ، إلا أن
يستثنيه) ٢٠ - ٢٢
٢٩١٥ - مسألة : (وإن أعتق ما في بطنها دونها ، عتق

الصفحة

٢٢ - ٢٥

(وحده)

فصل : ولا يصح العتق إلا من جائز

٢٣

التصرف ، ...

فصل : ولا يصح العتق من غير المالك بغير

٢٤

إذنه ، ...

فائدة : لو أعتق أمة حملها لغيره ، وهو

٢٤

موسر ؛ ...

٢٩١٦ - مسألة : (وأما الملك ، فمن ملك ذا رحم محرم

٢٥ - ٢٨

عتق عليه ...)

فائدة : لو ملك رحمًا غير محرم عليه ، أو

ملك محرمًا برضاع أو مصاهرة ، لم

٢٦

يعتق ...

فصل : ولا خلاف في أن المحارم من غير

ذوى الأرحام لا يعتقون على

٢٧

سيدهم ، ...

٢٩١٧ - مسألة : (وإن ملك ولده من الزنى لم يعتق) عليه

٢٨

(في ظاهر كلام أحمد)

فائدة : لو ملك أباه من الزنى ، فحكمه

٢٩

حكم ما لو ملك ابنه من الزنى ...

٢٩١٨ - مسألة : (وإن ملك سهمًا ممن يعتق عليه بغير

الميراث وهو موسر عتق عليه كله ، وعليه

٢٩ - ٣٥

قيمة نصيب شريكه ...)

تنبيه : قوله : وعليه قيمة نصيب شريكه ... ٣١

فائدة : قال الإمام أحمد ، رحمه الله : له

٣١

نصف القيمة ...

- فصل : وإن ورث الصبي والمجنون جزءاً
 ٣٢ ممن يعتق عليهما ، ...
 ٣٢ تنبيه : شمل قوله : عتق كله ...
 فائدة : حد الموسر هنا ؛ أن يكون حين
 الإعتاق قادراً على قيمة
 ٣٣ الشقص ، ...
 فصل : وإن باع عبداً لذى رحمة وأجنبى
 ٣٤ صفقة واحدة ، ...
 فصل : إذا كانت أمة مزوجة ، ولها ابن
 موسر ، فاشترها هو وزوجها ،
 ٣٥ وهى حامل منه ، صفقة واحدة ، ...
 ٢٩١٩ - مسألة : (وإن مثل بعبده فجدع أنفه أو أذنه ونحو
 ذلك ، عتق ...)
 ٣٧ ، ٣٦ تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أنه سواء قصد
 التمثيل به أو لم يقصده ...
 ٣٧ فوائد ؛ إحداها ، حيث قلنا : يعتق
 ٣٧ بالتمثيل ...
 الثانية ، هل يعتق بمجرد المثلة ،
 أو يعتقه عليه السلطان ؟
 ٣٧ ٢٩٢٠ - مسألة : (وإذا أعتق عبداً فماله لسيده)
 ٣٨ - ٤٠ فائدة : مثل ذلك فى الحكم ، لو أعتق مكاتبه
 ٣٩ ويبيده مال ...
 فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وإذا
 أعتق جزءاً من عبده معيناً أو مشاعاً
 ٤١ عتق كله)
 تنبيه : قوله : وإن أعتق جزءاً من عبده
 ٤١ معيناً أو مشاعاً عتق كله ...

- فصل : فإن أعتق جزءاً معيناً ؛ ... ، عتق كله
 ٤٢ أيضاً ...
- ٢٩٢١ - مسألة : (وإن أعتق شركاً له في عبد ، وهو موسر بقيمة باقية ، عتق كله ، وعليه قيمة باقية يوم العتق لشريكه)
 ٤٦ - ٤٣
- فائدة : لو عدت البينة بقيمته ، فالقول قول المعتق ...
 ٤٥
- فصل : ولا فرق في هذا بين أن يكون الشركاء مسلمين أو كافرين ، أو بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ، ...
 ٤٦
- ٢٩٢٢ - مسألة : (فإن أعتقه الشريك بعد ذلك)
 ٥٠ - ٤٦
- فصل : والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق ؛ ...
 ٤٩
- فصل : والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوت يومه وليلته ، و...
 ٥٠
- ٢٩٢٣ - مسألة : (وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصيبه ، وبقي حق شريكه فيه ...)
 ٥٤ - ٥١
- تنبيه : يأتي قريباً ؛ إذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم ، هل يسرى أم لا ؟
 ٥٢
- فصل : وإذا قلنا بالسعاية ، احتمل أن يعتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يسعى في أدائها ، ...
 ٥٤
- ٢٩٢٤ - مسألة : (وإذا كان العبد لثلاثة ؛ لأحدهم نصفه ، وللآخر ثلثه ، ولثالث سدسه ، ...)
 ٥٧ - ٥٥
- فائدة تتعلق بصور عتق الشريكين عبدهما معاً .
 ٥٧

- ٢٩٢٥ - مسألة : (وإذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو
 ٥٨ موسر ، سرى إلى باقيه ، ...)
 فائدة : لو قال : أعتقت نصيب شريكى .
 ٥٩ كان لغوا ...)
- ٢٩٢٦ - مسألة : (وإن ادعى كل واحد من الشريكين أن
 ٦٠ ، ٥٩ شريكه أعتق نصيبه وهما موسران ، ...)
- ٢٩٢٧ - مسألة : (وإن كانا معسرين لم يعتق على كل واحد
 ٦١ ، ٦٠ منهما)
 فصل : ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف
 بأن نصيبه خرج عن يده ، فيخرج
 ٦١ العبد كله ، ...)
- ٢٩٢٨ - مسألة : (وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه
 عتق) عليه (ولم يسر إلى) النصف
 ٦٥ - ٦٢ الذى كان له ؛ ...)
- فصل : وكل من شهد على سيد عبد بعث
 عبده ثم اشتراه ، عتق عليه ... ٦٤
- ٢٩٢٩ - مسألة : (وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ،
 ٦٦ ، ٦٥ عتق نصيب المعسر وحده)
- فصل : فإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه
 أعتق نصيبه ، وأنكر الآخر ، وكان
 ٦٦ المُدَّعى عليه موسراً ، ...)
- ٢٩٣٠ - مسألة : (وإذا قال أحد الشريكين : إذا أعتقت
 نصيبك فنصيبى حر . فأعتق الأول وهو
 ٦٧ ، ٦٦ موسر ، عتق كله عليه)
- ٢٩٣١ - مسألة : (وإن كان معسراً) لم يعتق عليه إلا

٢٩٣٢ - مسألة : (وإن قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبى

حر مع نصيبك . فأعتق نصيبه ، عتق

فصل : فإن قال : إذا أعتقت نصيبك

٦٨ فنصيبى حر قبل إعتاقلك ...

فصل : إذا كان لرجل نصف عبيدين

متساويين فى القيمة ، لا يملك

غيرهما ، فأعتق أحدهما فى صحته ،

عتق ، وسرى إلى نصيب

فصل : إذا شهد شاهدان على رجل أنه

أعتق شركاً له فى عبد فسرى إلى

نصيب الشريك ، وغرم له قيمة

٦٩ نصيبه ، ثم رجعا عن الشهادة .

فصل : وإن شهد شاهدان على ميت بعثت

عبدٍ فى مرض موته ، وهو ثلث

ماله ، فحكم الحاكم بشهادتهما ،

وعتق العبد ، ثم شهد آخران ، وهو

ثلث ماله ، ثم رجع الأولان عن

فوائد ؛ إحداها ، وكذا الحكم والخلاف

والمذهب ، فيما إذا قال :

إذا أعتقت نصيبك ،

فنصيبى حرٌّ قبل

٧٠. إعتاقلك ...
الثانية ، لو قال لأمته : إن صليت
مكشوفة الرأس ، فأنت
حرة قبله . فصلت كذلك،
٧٠. عتقت ...
الثالثة ، لو قال : إن أقررت بك
لزيد ، فأنت حر قبله .
٧١. فأقر له به ، ...
الرابعة ، لو قال : إن أقررت بك له،
فأنت حر ساعة إقرارى... ٧١
فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
(ويصح تعليق العتق بالصفات ؛
كدخول الدار ، ومجيء الأمطار) ٧١
٧٣. فائدة : لا يعتق قبل كمال الصفة ...
فصل : وإذا قال لعبده : إن لم أضربك
عشرة أسواط فأنت حر . ولم ينو
وقتاً بعينه ، ... ٧٤
- ٢٩٣٣ - مسألة : وإذا علق عتق عبده بشرط ، فهي صفة
لازمة ، ألزمها نفسه (ولا يملك إبطالها
بالقول) ٧٤ - ٧٧
فصل : ولا يعتق قبل وجود الصفة
بكمالها ، ... ٧٤
- فصل : وما يكتسبه العبد قبل وجود الشرط
فهو لسيدته ؛ ... ٧٦
فصل : إذا علق عتقه بصفة ، ثم باعه ، ثم

- ٧٧ اشتراه ، ووجدت الصفة ، عتق... ٢٩٣٤ - مسألة : (إلا أن تكون) الصفة (وجدت منه في حال زوال ملكه ، فهل تعود بعوده؟...) ٧٧ ، ٧٨
- ٧٩ ٢٩٣٥ - مسألة : (وتبطل الصفة بالموت) ٧٩
- ٢٩٣٦ - مسألة : (فإن قال : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى ...) ٧٩ - ٨٤
- فصل : إذا قال لعبد له مقيّد : هو حر إن حلّ قيده . ثم قال : هو حرّ إن لم يكن في قيده عشرة أرطال ٨٢
- تنبيهان ؛ أحدهما ، قال في ... : بنى طائفة من الأصحاب هاتين الروايتين على أن التدبير ، هل هو تعليق عتق بصفة ، أو وصية ؟... ٨٢
- الثاني ، على القول بالصحة ، كسبه بعد الموت وقبل وجود الشرط ، للورثة... ٨٢
- فصل : وإن قال لعبد : أنت حرّ متى شئت . لم يعتق حتى يشاء بالقول ، فمتى شاء عتق ،... ٨٣
- فائدة : وكذا الحكم ، خلافاً ومذهباً ، لو قال : اخدم زيداً سنة بعد موتى ، ثم أنت حرّ ... ٨٣
- ٢٩٣٧ - مسألة : (وإن قال : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى . فدخل في حياة السيد ، صار

٢٩٣٨ - مسألة : (وإذا قال : إن ملكت فلانا فهو حر ...

فائدة : لو باع أمة بعبد على أن له الخيار

ثلاثا ، ثم قال في مدة الخيار : هما

٢٩٣٩ - مسألة : فإن قال العبد ذلك ثم عتق وملك ، عتق

فصل : إذا قال الحرُّ : أول غلام أملكه فهو

فائدة : لو قال : أول عبد أملكه فهو

٢٩٤٠ - مسألة : (فإن قال : آخر مملوك أشتريه فهو حر .

فملك عبيدًا) لم يحكم بعتق واحد منهم

فصل : إذا قال : أول ولد تلدينه فهو حر .

فولدت اثنين ، وأشكَلَ أولهما

فائدتان ؛ إحداهما ، لو قال : آخر مملوك

الثانية ، لو كان آخر من اشترى

فصل : فإن قال لأمته : كل ولد تلدينه فهو

٢٩٤١ - مسألة : (فإن قال لأمته : آخر ولد تلدينه فهو حر .

الصفحة

- ٩٤ ، ٩٣ فولدت حيًّا ثم ميتًا ، لم يعتق الأول (فائدة : وكذا الحكم والخلاف ، لو قال لأُمته : أول ولد تلدينه فهو حر...
٩٣ فولدت ميتًا ثم حيًّا ،...
فائدة : لو قال : أول غلام لى يطلع فهو حر ...
٩٤ ٢٩٤٢ - مسألة : (ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمّه
٩٦ ، ٩٥ فى العتق ، ...)
فائدة : لا يتبع الولد أمّه إذا كان منفصلاً
٩٦ حال التعليق ،...
٢٩٤٣ - مسألة : (وإذا قال لعبده : أنت حرٌّ وعليك ألف ... عتق ، ولا شيء عليه ...) ٩٦ - ٩٨
فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم لو قال له : أنت حر على أن تعطينى ألفاً ...
٩٨ الثانية ، لو قال له : أنت حرٌّ بمائة ...
٩٩ ٢٩٤٤ - مسألة : (وإن قال : أنت حر على أن تخدمنى سنة .
٩٩ - ١٠٢ فكذلك ...)
فوائد تتعلق بحكم عتق العبد إذا استثنى السيد نفعه مدة معلومة ، ومات السيد فى أثناء السنة ، وهل يجوز للسيد بيع هذه الخدمة ؟ وقول صاحب الفروع بعدم ذكر الأصحاب ما لو استثنى السيد خدمته مدة حياته ، والحكم لو

- باعه نفسه بمال في يده ، أو قال :
 إن أعطيتني ألفاً فأنت حر . أو قال :
 ١٠٠ - ١٠٢ جعلت عتقك إليك .
- فصل : قال ، رضى الله عنه : (وإذا قال :
 كل مملوك لى حُرُّ عتق عليه
 مكاتبوه ، ومدبروه ، وأمهاث
 ١٠٢ أولاده ، وشقص يملكه)
- فائدة : لو قال : عبدى حُرٌّ ... ولم ينو
 ١٠٣ معيناً ، عتق الكل ، ...
- تنبيه : قال فى ... : والمراد ، إن كان
 ١٠٣ « عبدٌ » مفرداً للذكر وأنثى ، ...
- ٢٩٤٥ - مسألة : (وإن قال : أحد عَبْدَيَّ حر . أقرع
 ١٠٣ - ١٠٥ بينهما ، ...)
- فائدة : قوله : وإن قال : أحد عبدى .
 ١٠٣ حر ...
- فصل : ولو أعتق إحدى إماءه غير معينة ، ثم
 وطئ إحدىاهن ، لم يتعين الرق
 ١٠٥ فيها ...
- فصل : وقوله : من حين أعتقه . يريد أن
 العبد إن كان اكتسب مالاً بعد
 ١٠٥ العتق ، فهو له دون سيده ؛ ...
- ٢٩٤٦ - مسألة : (فإن مات أقرع الورثة)
 ١٠٥
- ٢٩٤٧ - مسألة : (وإن مات أحد العبدین أقرع بينه وبين
 ١٠٦ ، ١٠٧ الحى)
- فصل : فإن دبر ثلاثة أعبد ، أو وصى

- ١٠٧ بعثتهم ، فمات أحدهم في حياته ، ... ١٠٧
- ٢٩٤٨ - مسألة : (وإن أعتق عبدًا وأنسيه ، أخرج بالقرعة) ١٠٧ ، ١٠٨
- ٢٩٤٩ - مسألة : (فإن عُلِمَ بعدُ أن المعتق غيره ، عتق ...) ١٠٨ ، ١٠٩
- فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وإن أعتق في مرض موته ، ولم يجز الورثة ، اعتبر من ثلثه) ١٠٩
- ٢٩٥٠ - مسألة : (وإن أعتق جزءًا من عبده ، أو دبره) ١١٠ - ١١٢
- فصل : وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه صح ، ولم يلزمه لشريكه في الحال شيء ... ١١١
- فائدة : لو مات العبد قبل سيده ، عتق منه بقدر ثلثه ... ١١١
- ٢٩٥١ - مسألة : (وإن أعتق في مرضه شركًا له في عبد ، أو دبره ، وثلثه يحتمل باقيه ، ...) ١١٢ - ١١٣
- ٢٩٥٢ - مسألة : (وإن أعتق في مرضه ستة أعبدٍ قيمتهم سواء ، وثلثه يحتملهم ، ثم ظهر عليه دين يستغرقهم ، ...) ١١٤ - ١١٧
- فصل : فإن أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم ، فأقرع الورثة ، فأعتقوا واحدًا وأرقوا اثنين ، ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ، ... ١١٦
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو ظهر عليه دين يستغرق بعضهم ، احتمال بطلان عتق الكل ، ... ١١٦
- الثانية ، قوله : وإن أعتقهم ،

- فأعتقنا ثلثهم ، ثم ظهر
له مال يخرجون من ثلثه ،
عتق من أرق منهم ... ١١٦
- ٢٩٥٣ - مسألة : (وإن أعتقهم ، فأعتقنا ثلثهم ، ثم ظهر
له مال يخرجون من ثلثه ، عتق من أرق
منهم) ١١٧-١١٩
- فصل : وإن وصى بعتق عبد له يخرج من
الثلث ، وجب على الوصى
إعتاقه ، ... ١١٨
- فصل : فإن علق عتق عبده على شرط في
صحته ، فوجد في مرضه ، ... ١١٩
- ٢٩٥٤ - مسألة : (وإن لم يظهر له مال جزأناهم ثلاثة
أجزاء ؛ كل اثنين جزءًا ، و ...) ١٢٠-١٢٨
- فصل في كيفية القرعة : قال أحمد : قال
سعيد بن جبير : يقرع بينهم
بالخواتيم ... ١٢٥
- ٢٩٥٥ - مسألة : (وإن كانوا ثمانية ، فإن شاء أقرع بينهم
بسهمي حرية ، وخمسة رق ، وسهم لمن
ثلاثه حر ...) ١٢٩-١٣١
- فصل : قد ذكرنا أنه إذا كان للمعتق مال غير
العبيد مثلاً قيمة العبيد عتقوا
جميعهم ؛ ... ١٢٩
- فصل : فإن كان على الميت دين يحيط ببعض
التركة ، قُدِّم الدين ؛ ... ١٣٠
- ٢٩٥٦ - مسألة : (وإن أعتق عبيدين ، قيمة أحدهما مائتان

- والآخر ثلاثمائة) فأجاز الورثة
 عتقهما ، عتقا ، ... ١٣١ ، ١٣٢
- ٢٩٥٧ - مسألة : (وإن أعتق واحداً من ثلاثة أعبد) غير
 معين (فمات أحدهم في حياة السيد ،
 أقرع بينه وبين الحيين ، ...) ١٣٢-١٣٧
- فصل : إذا دفع العبد إلى رجل مالا ، فقال :
 اشتري من سيدي بهذا المال
 فأعتقني . ففعل ، ... ١٣٤
- فائدة : وكذا الحكم إن أوصى بعتقهم ،
 فمات أحدهم بعده ... ١٣٥
- فصل : ولو كان العبد بين شريكين ،
 فأعطى العبد لأحدهما خمسين
 دينارا على أن يُعتق نصيبه منه ،
 فأعتقه ، ... ١٣٦
- فصل : ولو وكل أحد الشريكين شريكه في
 عتق نصيبه ، فقال الوكيل : نصيبى
 حر ... ١٣٦

باب التدبير

- (وهو تعليق العتق بالموت) ١٣٩
- ٢٩٥٨ - مسألة : (ويُعتبر من الثلث) ١٤٠ ، ١٤١
- فصل : فإن اجتمع العتق في المرض ،
 والتدبير ، قُدِّم العتق ؛ ... ١٤١
- فائدة : يصح تعليقه بالموت مطلقا ؛ ... ١٤١
- ٢٩٥٩ - مسألة : (ويصح من كل من تصح وصيته) ١٤١-١٤٣

- ١٤٣ فصل : ويصح تدبير الكافر ؛ ...
- ٢٩٦٠ - مسألة : (وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين بالموت)
- ١٤٣ ، ١٤٤ تنبيه : قوله : وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين بالموت ، ولفظ التدبير ، وما تصرف منها . مراده ، ...
- ١٤٣ فائدة : كنايات العتق المنجز ، تكون للتدبير
- ١٤٣ إذا أضاف إليه ذكر الموت ...
- ٢٩٦١ - مسألة : (ويصح مطلقاً ومقيداً)
- ١٤٦ - ١٤٤ فائدة : قوله : ويصح مطلقاً ومقيداً ، بأن يقول : إن مت في مرضى هذا ، أو عامى هذا ، فأنت حر ...
- ١٤٤ فصل : فإن قال لعبده : إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتى .. فقرأ القرآن جميعه ، صار مدبراً ...
- ١٤٥
- ٢٩٦٢ - مسألة : (وإن قال : متى شئت فأنت مدبرٌ)
- ١٤٧ ، ١٤٦
- ٢٩٦٣ - مسألة : (وإن قال : إن شئت فأنت مدبرٌ ...)
- ١٤٧ ، ١٤٨ فصل : وإذا قال لعبده : إذا مت فأنت حرٌ . أو لا ؟ ...
- ١٤٨ فائدة : لو قال : إذا شئت فأنت مدبر . فهو كقوله : متى شئت فأنت مدبر ...
- ١٤٨ فائدة أخرى : لو قال : متى شئت بعد موتى فأنت حر ...
- ١٤٨
- ٢٩٦٤ - مسألة : (وإذا قال : قد رجعتُ في تدبيري . أو

- أبطالته . لم يطل ؛ ...) ١٤٩ - ١٥٥
- فصل : إذا قال السيد لمديره : إذا أديت إلى ورثتي كذا فأنت حر . فهو زوج
- ١٥٠ عن التدبير ، ...
- ١٥١ فصل : وإذا رهن المدير لم يطل تدبيره؛ ...
- تنبيهان ؛ أحدهما ، قال في ... : محل الروايتين، إذا لم يأت
- ١٥١ بصريح التعليق، ...
- الثاني ، قوله : لأنه تعليق للعتق على
- ١٥١ صفة ...
- فائدة : اعلم أن التدبير ؛ هل هو تعليق للعتق
- ١٥١ على صفة ، أو هو وصية ؟ ...
- تنبيه : ينبني على هذا الخلاف مسائل
- ١٥١ جملة ؛ ...
- فصل : وإن ارتد المدير ولحق بدار الحرب لم
- ١٥٢ يطل تدبيره ؛ ...
- فصل : فإن ارتد سيد المدير ، فذكر القاضي أن المذهب أنه يكون
- ١٥٤ موقوفاً ، ...
- ٢٩٦٥ - مسألة : (وله بيع المدير وهبته . وإن عاد إليه
- ١٥٦ - ١٦٠ عاد التدبير ...)
- فائدة : حكم وقف المدير حكم بيعه ... ١٦٠
- ٢٩٦٦ - مسألة : (وإن عاد إليه عاد التدبير) ١٦٠ ، ١٦١
- ٢٩٦٧ - مسألة : (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها ، ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير) ١٦١ - ١٦٨

فصل : فأما ولد المدبر ، فحكمه حكم

أمه ، ... ١٦٥

فائدتان ؛ إحداهما ، لو ولدت الموصى

بوقفها أو عتقها قبل

موت الموصى ، لم

يتبعها ... ١٦٥

الثانية ، ولد المدبر من أمة المدبر

نفسه كالمدبر ... ١٦٥

فصل : وإذا ولدت المدبرة ، فرجع في

تدبيرها ، وقلنا بصحة الرجوع ، لم

يتبعها ولدها ؛ ... ١٦٦

فصل : إذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في

ولدها ، فقالت : ولدتهم بعد

تدبيرى ، فعتقوا معى . وقال

الورثة : بل ولدتهم قبل تدبيرك ،

فهم مملوكون لنا ... ١٦٧

فصل : وكسب المدبر في حياة سيده لسيده ،

له أخذه منه ؛ ... ١٦٨

٢٩٦٨ - مسألة : (وله إصابة مدبرته ، فإن أولدها بطل

تدبيرها) ١٦٨ - ١٧٠

تنبيه : ظاهر قوله : وله إصابة مدبرته ... ١٦٨

فصل : وابنة المدبرة مثلها في حل وطئها ،

إن لم يكن وطئ أمها ... ١٦٩

فصل : فإن أولدها بطل تدبيرها ؛ ... ١٧٠

- ٢٩٦٩ - مسألة : (وإن كاتب المدبر ، أو دبر المكاتب ،
 (جاز) ١٧٠ ، ١٧١
- ٢٩٧٠ - مسألة : (فإن أدى عتق) بالكتابة ، وبطل التدبير
 (وإن مات سيده قبل الأداء عتق ، إن
 حمل الثلث ما بقي من كتابته) ١٧٢
 فصل : ومتى عتق بالتدبير ، كان ما في يده
 لسيده ؛ ... ١٧٢
- فائدة : لو عتق بالكتابة ، كان ما في يده له ،
 ولو عتق بالتدبير ، مع العجز عن أداء
 مال الكتابة ، ... ١٧٣
- فائدة : لو أولد أمته ثم كاتبها ، أو كاتبها
 ثم أولدها ، جاز ، ... ١٧٣
- ٢٩٧١ - مسألة : (وإذا دبر شركاً له في عبد لم يسر إلى
 نصيب شريكه ، وإن أعتق شريكه سرى
 إلى المدبر ، وغرم قيمته لسيده ...) ١٧٣ - ١٧٧
- فصل : إذا دبر كل واحد من الشريكين
 نصيبه ، فمات أحدهما ، ... ١٧٥
- ٢٩٧٢ - مسألة : (وإذا أسلم مدبر الكافر لم يُقرَّ في
 يده ، ...) ١٧٧ ، ١٧٨
- فائدة : لو أسلم مكاتب الكافر ، لزمه إزالة
 يده عنه ، فإن أبى ، بيع عليه
 بلا خلاف ... ١٧٨
- ٢٩٧٣ - مسألة : (ومن أنكر التدبير ، لم يحكم عليه إلا
 بشاهدين ...) ١٧٩ - ١٨٤
- فصل : إذا دبر عبده ومات ، وله مال سواه

- يفى بثلثي ماله ، إلا أنه غائب ، ... ،
 ١٨١ لم يعتق من المدبر إلا ثلثه ؛ ...
 فصل : فإن دبر عبيدين ، وله دين يخرجان
 من ثلث المال إذا حصل ، أقرعنا
 ١٨٢ بينهما ، ...
 فصل : إذا دبر عبدًا قيمته مائة ، وله مائة
 ١٨٢ دينًا ، ...
 فصل : وإن دبر عبده ، وقيمته مائة ، وله
 ابنان ، وله مائتان دينًا على أحدهما ،
 ١٨٢ عتق من المدبر ثلثاه ؛ ...
 فصل : إذا دبر عبدًا قيمته مائة ، وخلف
 ابنين ومائتي درهم دينًا له على
 أحدهما ، ووصى لرجل بثلث
 ١٨٣ ماله ، ...
 ٢٩٧٤ - مسألة : (وإذا قُتل المدبر سيده بطل تدبيره) ١٨٤ - ١٨٧
 فصل : فأما سائر جناياته غير قتل سيده ،
 ١٨٦ فلا تبطل تدبيره ، ...

باب الكتابة

- الكتابة : إعتاق السيد عبده على مال (في
 ١٨٩ ذمته) يؤدَّى مؤجلًا في نجوم ...
 ٢٩٧٥ - مسألة : (وهي مستحبة لمن يُعلم فيه خير ، وهو
 ١٩٣ - ١٩١ الكسب والأمانة ...)
 ١٩٢ فائدة : لا تصح كتابة المرهون ...
 ٢٩٧٦ - مسألة : (وهل تكره كتابة من لا كسب له ؟ ...) ١٩٤ ، ١٩٥

- ٢٩٧٧ - مسألة : (ولا تصح إلا من جائز التصرف) ١٩٦
فائدة : تقدم في باب الحجر صحة كتابة
١٩٦ الولي رقيق المولى عليه ...
- ٢٩٧٨ - مسألة : (وإن كاتب المميز عبده بإذن وليه ،
١٩٦ صح ...)
- ٢٩٧٩ - مسألة : (وإن كاتب السيد عبده المميز ، صح) ١٩٧ - ٢٠٣
فصل : إذا كاتب الذمي عبده ثم أسلما ،
١٩٨ صح ؛ ...
- فصل : وتصح كتابة الحرى عبده في دار
الحرب وفي دار الإسلام ... ٢٠٠
- فصل : وإن كاتب المرتد عبده ، فعلى قول
٢٠٢ أبى بكر ، الكتابة باطلة ؛ ...
- فصل : وكتابة المريض صحيحة ، فإن كان
مرض الموت المخوف اعتبر من
الثلث ؛ ... ٢٠٣
- ٢٩٨٠ - مسألة : (ولا تصح إلا بالقول . وتعقد بقوله :
٢٠٤ ، ٢٠٣ كاتبك على كذا)
- فائدة : ظاهر كلام كثير من الأصحاب ،
٢٠٤ أنه لا يشترط قبوله للكتابة ...
- ٢٩٨١ - مسألة : ولا يفتقر إلى قوله : (وإن أدبت إلى
٢٠٥ ، ٢٠٤ فأنت حر)
- ٢٩٨٢ - مسألة : (ولا تصح إلا على عوض معلوم منجم ،
٢٠٧ - ٢٠٥ نجمين فصاعداً)
- ٢٩٨٣ - مسألة : ويشترط علم ما يؤدى إليه ، في كل نجم ، ... ٢١١ - ٢٠٨
فصل : وتجاوز الكتابة على كل مال يجوز

الصفحة

- ٢٠٩ السَّلْم فيه ...؛
تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن الكتابة
٢٠٩ لا تصح حالة ...
٢٩٨٤ - مسألة : (وتصح على مال وخدمة ، سواء تقدمت
الخدمة أو تأخرت)
٢١١ - ٢١٥ فصل : إذا كاتب السيد عبده على خدمة
مفردة في مدة واحدة ،...، فحكمه
٢١٣ حكم الكتابة على نجم واحد ،...
فصل : وإذا كاتب العبد وله مال ، فماله
٢١٤ لسيده ؛...
فائدة : تصح الكتابة على منفعة مفردة
٢١٥ منجمة ؛...
٢٩٨٥ - مسألة : (وإذا أدى ما كُتِب عليه ، أو أُبرئ منه ،
عتق)
٢١٥ ، ٢١٦
٢٩٨٦ - مسألة : (وما فضل في يده فهو له)
٢١٦ - ٢١٨ فائدة : لو أبرأه بعض الورثة من حقه منها ،
وكان موسراً ، عتق عليه كله ... ٢١٧
فصل : إذا أبرأه السيد من مال الكتابة ،
برئ وعتق ؛... ٢١٨
٢٩٨٧ - مسألة : (فلو مات قبل الأداء كان ما في يده
لسيده ، في الصحيح عنه ...)
٢١٩ - ٢٢٣ فصل : ولا تنفسخ الكتابة بالجنون ؛... ٢٢١
فصل : وقتل المكاتب كموته في انفساخ
الكتابة ،... ٢٢٢
٢٩٨٨ - مسألة : (وإذا عُجِّلَت الكتابة قبل محلّها ، لزم

٢٢٨ - ٢٢٣

السيد الأخذ وعق (

فصل : إذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو
بعضه ليسلمه ، فقال السيد : هذا
حرام ، أو غصب ، لا أقبله
منك ...

٢٢٦

فصل : إذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض
غيره ، ...

٢٢٨

٢٩٨٩ - مسألة : (ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيدته ،

٢٢٨ - ٢٣٢

ويضع عنه بعض كتابته)

فصل : فإن اتفقا على الزيادة في الأجل
والدين ، ...

٢٣٠

فائدتان ؛ إحداهما ، حيث قلنا بال لزوم ،
لو امتنع السيد من
قبضه ، جعله الإمام في
بيت المال وحكم بعق

٢٣٠

العبد ...

الثانية ، في عتق المكاتب

٢٣٢

بالاعتياض وجهان ...

فصل : وإن صالح المكاتب سيده عما في

٢٣٢

ذمته بغير جنسه ، ...

٢٩٩٠ - مسألة : (وإذا أدى وعق ، فوجد السيد بالعوض

عيا ، فله أرشه أو قيمته ، ولا يرتفع

٢٣٢ - ٢٣٥

العتق)

فائدة : لو أخذ السيد حقه ظاهراً ، ثم قال :
هو حر . ثم بان مستحقاً ، لم

٢٣٤. يعتق ...
فصل : وإذا دفع إليه مال الكتابة ظاهراً ،
فقال له السيد : أنت حر . أو قال :
هذا حر . ثم بان مستحقاً ، لم
٢٣٥ يعتق بذلك ؛ ...
فصل : قال ، رضى الله عنه : (ويملك
المكاتب اكتسابه ، ومنافعه
والشراء ، و ... ، وكل ما فيه
٢٣٥ صلاح المال)
تنبيه : يستثنى من كلام المصنف ، السفر
للجهاد ، فإنه لا يجوز له السفر
٢٣٦ لذلك إلا بإذنه ، ...
٢٩٩١ - مسألة : (وإن شرط عليه أن لا يسافر ، ولا يأخذ
الصدقة ، فهل يصح الشرط ؟ ...) ٢٣٧ - ٢٤٠
فصل : وإن شرط عليه أن لا يسأل
٢٣٩ الناس ، ...
٢٩٩٢ - مسألة : وله الإنفاق على نفسه وولده ورقيقه ،
وكل ما فيه صلاح المال ؛ ... ٢٤٠ ، ٢٤١
٢٩٩٣ - مسألة : (وليس له أن يتزوج ، ولا يتسرى ، ولا
يتبرع ، ولا يقرض ، ولا يحاى ،
ولا ... ، ولا يعتق ولا يكاتب إلا بإذن
٢٤١ - ٢٥١ سيده ، ...)
فصل : وليس له التسرى بغير إذن
٢٤٣ سيده ؛ ...
فصل : وليس له أن يزوج عبيده وإماءه بغير

- ٢٤٤ إذن سيده ...
 فائدة : ليس للمكاتب أن يزوج رقيقه إلا
 ٢٤٤ بإذن سيده ...
 ٢٤٥ فصل : وليس له استهلاك ماله ولا هبته ...
 ٢٤٧ فصل : ولا يُعتق رقيقه إلا بإذن سيده ...
 فصل : قال شيخنا : وليس له أن يحج إن
 ٢٥٠ احتاج إلى إنفاق ماله فيه ...
 فائدة : قال المصنف في ... : ليس له أن يحج
 ٢٥٠ إن احتاج إلى الإنفاق من ماله فيه ...
 فصل : وليس للمكاتب أن يُكاتب إلا بإذن
 ٢٥١ سيده ...
 ٢٩٩٤ - مسألة : (وولاء من يُعتقه ويكاتبه لسيده) ٢٥١ - ٢٥٤
 فصل : وليس له أن يبيع نسيئة وإن باع
 ٢٥٣ السلعة بأضعاف قيمتها ...
 ٢٩٩٥ - مسألة : (ولا يكفر بالمال . وعنه ، له ذلك بإذن
 ٢٥٥ ، ٢٥٤ سيده)
 تنبيه : حيث جوزنا له التكفير بالمال ،
 ٢٥٦ فإنه لا يلزمه ...
 فائدتان ؛ إحداهما ، في جواز بيعه نساء ،
 ولو برهن ، وهبته
 بعوض ، وهدر رقيقه ،
 ٢٥٦ وجهان ...
 الثانية ، ليس له أن يقتص لنفسه
 ممن جنى على طرفه بغير
 ٢٥٧ إذن سيده ، ...

- ٢٩٩٦ - مسألة : (وهل له أن يرهن أو يضارب ؟ ...) ٢٥٦
- ٢٩٩٧ - مسألة : (وليس له شراء ذوى رحمه إلا بإذن سيده) ٢٥٧ ، ٢٥٨
- ٢٩٩٨ - مسألة : (وله أن يَقْبَلَهُمْ إِذَا وَهَبُوا لَهُ ، أو وَصَّى لَهُ بِهِمْ) ٢٥٩
- فائدة : هل له أن يفدى ذوى رحمه إذا جَنَوْا ؟ ... ٢٥٩
- ٢٩٩٩ - مسألة : (وإذا ملكهم فليس له بيعهم) ٢٦٠ - ٢٦٢
- فصل : ولا يعتقون بمجرد ملكه لهم ؛ ... ٢٦٠
- فصل : فإن أعتقهم السيد لم يعتقوا ؛ ... ٢٦١
- فائدة : يجوز للمكاتب شراء من يعتق على سيده ... ٢٦١
- تنبيه : ظاهر قوله : وكذلك الحكم فى ولده من أمته ... ٢٦١
- ٣٠٠٠ - مسألة : (وولد المكاتبه الذى ولدته فى الكتابه يتبعها) ٢٦٢ - ٢٦٨
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن ولد المكاتبه ، الذى ولدته قبل الكتابه ، لا يتبعها ... ٢٦٣
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو أعتق السيد الولد دونها ، صح عتقه ... ٢٦٤
- الثانية ، ولد بنت المكاتبه كالمكاتبه ، وولد ابنها وولد المعتق بعضها كالأمه . ٢٦٥

- فصل : فأما ولد ولدها ، فإن ولد ابنها
 ٢٦٧ حكمه حكم أمه ؟ ...
- ٣٠٠١ - مسألة : (وإن اشترى زوجته) صح ،
 ٢٦٨ و (انفسخ نكاحها)
- ٣٠٠٢ - مسألة : (وإن استولد أمته ، فهل تصير أم ولد
 ٢٦٨ ، ٢٦٩ يتمتع عليه بيعها ؟ ...)
- فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (ولا يملك
 السيد شيئاً من كسبه ، ولا يبيعه
 ٢٦٩ درهماً بدرهمين)
- فصل : فإن كان لكل واحد منهما على
 صاحبه دين ، ... ، تقاصاً
 ٢٧١ وتساقطاً ؟ ...
- تنبيه : يستثنى من ذلك مال الكتابة ، فإنه لا
 ٢٧١ يجري الربا في ذلك ...
- ٣٠٠٣ - مسألة : (وإن جنى عليه ، فعليه أورش جنايته) ٢٧٢ ، ٢٧٣
- ٣٠٠٤ - مسألة : (وإن حبسه مدة ، فعليه أرفق الأمرين
 به ، من إنظاره مثل تلك المدة ، أو أجرة
 ٢٧٣ ، ٢٧٤ مثله)
- ٣٠٠٥ - مسألة : (وليس له أن يطأ مكاتبته إلا أن
 ٢٧٤ - ٢٧٦ يشترط)
- فصل : فإن شرط وطأها فله ذلك ... ٢٧٥
- ٣٠٠٦ - مسألة : (وإن وطئها ولم يشترط ، أو وطئ أمتها ،
 ٢٧٦ - ٢٧٩ أدب ، ولم يبلغ به الحد)
- فائدة : إذا تكرر وطؤه ؛ فإن كان قد أدى
 مهر الوطاء الأول ، لزمه للثاني مهر

- أَيْضًا ، ... ٢٧٧
- تنبيه : مراده بقوله : ويؤدب ولا يبلغ به الحد . إذا كان عالمًا بالتحريم ... ٢٧٧
- فصل : فأما إن وطئها مع الشرط ، فلا حد عليه ، ولا مهر ، ولا تعزير ؛ ... ٢٧٩
- ٣٠٠٧ - مسألة : فإن أولدها (صارت أم ولد له) ٢٧٩ - ٢٨١
- فائدة : ليس له وطء بنت مكاتبته ، ولا يباح ذلك بالشرط ، ... ٢٧٩
- فصل : وليس له وطء بنت مكاتبته ، ... ٢٨٠
- فصل : وليس له وطء جارية مكاتبه ولا مكاتبته اتفاقاً ... ٢٨٠
- فصل : ولا يملك السيد إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج ؛ ... ٢٨١
- ٣٠٠٨ - مسألة : (فإن أدت عتقت ، وإن مات) سيدها (قبل أدائها عتقت ، وسقط ما بقى من كتابتها ، وما فى يدها لها ، إلا أن يكون بعد عجزها ...) ٢٨١ - ٢٨٤
- ٣٠٠٩ - مسألة : (وكذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده) ٢٨٤ - ٢٨٦
- فصل : وإن أتت المكاتب بولد من غير سيدها بعد استيلادها ، فله حكمها ... ٢٨٥
- فصل : (وإن كاتب اثنان جاريتهما) ثم وطئها أحدهما ، أدب فوق أدب الواطئ لمكاتبته الخالصة له ؛ ... ٢٨٦
- فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم لو أعتق

- ٢٨٦ المكاتب .
- الثانية ، عتق المكاتب ، قيل : هو
إبراء مما بقى عليه .
- ٢٨٦ وقيل : بل هو فسخ ، ...
- ٣٠١٠ - مسألة : وإن (وطأها) جميعاً ، فقد وجب (على
كل واحد منهما) مهر مثلها ... ٢٩٢ - ٢٩٠
- ٣٠١١ - مسألة : (وإن ولدت من أحدهما ، صارت أم ولد
له ، ويغرم لشريكه نصف قيمتها . وهل
يغرم نصف قيمة ولدها ؟ ...) ٢٩٢
- ٣٠١٢ - مسألة : (وإن أتت بولد وألحق بهما ، صارت
أم ولد لهما ، يعتق نصفها بموت أحدهما ،
وباقيا بموت الآخر) ٢٩٣ - ٣٠٠
- فصل : فأما إن أولدها كل واحد منهما ،
واتفقا على السابق منهما ، ... ٢٩٣
- فصل : وإن اختلفا في السابق منهما ، فادعى
كل واحد منهما أنه السابق ، ... ٢٩٦
- فصل : فإن وطأها معا ، فأنت بولد ، لم
يخل من ثلاثة أقسام ؛ ... ٢٩٨
- ٣٠١٣ - مسألة : (ويجوز بيع المكاتب . ومشتريه يقوم
مقام المكاتب) ٣٠٠ - ٣٠٤
- فائدة : حكم هبته والوصية به حكم
بيعه ... ٣٠٢
- فائدة أخرى : لا يجوز بيع ما في ذمة
المكاتب من نجوم الكتابة . ٣٠٢
- فصل : وتجاوز هبته ، والوصية به ... ٣٠٣

الصفحة

- فصل : ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب ... ٣٠٣
- ٣٠١٤ - مسألة : (فإن أدى عتق ، وولاؤه له ، وإن عجز عاد قنًا له ، وإن لم يعلم أنه مكاتب ، فله الرد أو الأرض) ٣٠٤ - ٣٠٧
- فصل : فأما بيع الدين الذى على المكاتب من نجومه ، فلا يصح ... ٣٠٥
- فصل : وإذا كان للمكاتب ولد يتبعه فى الكتابة ، فباعهما ، صح ؛ ... ٣٠٧
- فصل : وتصح الوصية لمكاتبه ؛ ... ٣٠٧
- ٣٠١٥ - مسألة : (وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخر ، صح شراء الأول ، وبطل شراء الثانى ، ...) ٣٠٧ - ٣٠٩
- ٣٠١٦ - مسألة : فإن لم يُعلم السابق منهما (فسد البيعان) ٣٠٩ ، ٣١٠
- ٣٠١٧ - مسألة : (وإن أسر العدو المكاتب ، فاشتراه رجل ، فأحبَّ سيده ، أخذه بما اشتراه ، وإلا فهو عند مشتريه ، مَبْقَى على ما بقى من كتابته ، ...) ٣١٠ - ٣١٣
- فصل : وهل يحتسب عليه بالمدة التى كان فيها عند الكفار ؟ ... ٣١٢
- فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وإن جنى على سيده ، أو أجنبى ، فعليه فداء نفسه مقدمًا على الكتابة ...) ٣١٤
- فصل : وإن بدأ بدفع المال إلى سيده ، وكان ولى الجناية سأل الحاكم فحجر على

- المكاتب ،... ٣١٦
- فائدة : لو قتل السيد ، لزمه الفداء ، وكذا
إن أعتقه ، ويسقط في الأصح ، إن
كانت الجناية على سيده ... ٣١٦
- ٣١٧ ٣٠١٨ - مسألة : (وعليه فداء نفسه)
- ٣٢١ - ٣١٧ ٣٠١٩ - مسألة : (وإن عجز ، فليسده تعجيزه)
- فصل : فإن كانت الجناية على سيده فيما
دون النفس ،... ٣١٨
- فصل : فإن جنى المكاتب جنایات تعلقت
برقبته ، واستوى الأول والآخر
في الاستيفاء ،... ٣٢٠
- ٣٠٢٠ - مسألة : (وإن لزمته ديون تعلقت بذمته ، يتبع
بها بعد العتق) ٣٢١ - ٣٣٠
- فائدتان ؛ إحداهما ، قال المصنف ،...: إذا
كان عليه ديون مع دين
الكتابة ، ومعه مال يفي
بذلك ،... ٣٢٢
- الثانية ، لا يُجبر المكاتب على
الكسب لوفاء دينه ،... ٣٢٤
- فصل : وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية
توجب القصاص ، فللمجنى عليه
الخيار بين القصاص والمال ،... ٣٢٣
- فصل : فإن ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوى
رحمه المحرم ، أو وُلد له ولدٌ من
أُمته ، فجنى جناية تعلق أرشها

- ٣٢٤ برقبته ، ...
 فصل : وإن جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جنائياً موجباً المال ، لم يثبت لها حكم ؛ ...
 ٣٢٥ فصل : فإن جنى عبد المكاتب عليه جنائية موجباً المال ، كانت هدرًا ؛ ...
 ٣٢٦ فصل : وإن جنى على المكاتب فيما دون النفس ، فأرش الجنائية له دون سيده ؛ ...
 ٣٢٧ فصل : وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنائيات ، ولم يكن ملك ما يؤدى فى كتابته ، ...
 ٣٢٩ فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
 (والكتابة عقد لازم من الطرفين ، لا يدخلها خيار ، ولا يملك أحدهما فسخها)
 ٣٣٠ ٣٠٢١ - مسألة : (ولا تنفسخ بموت السيد) ... (ولا)
 ٣٣١ تنفسخ (بجنونه ، ولا الحجر عليه)
 ٣٠٢٢ - مسألة : (ويعتق بالأداء إلى سيده ، وإلى من يقوم مقامه من الورثة وغيرهم)
 ٣٣٢ - ٣٤١ تنبيه : ظاهر قوله : ويعتق بالأداء إلى سيده ، أو إلى من يقوم مقامه من الورثة ...
 ٣٣٢ فصل : وإذا عتق بالأداء إلى الورثة ، فولأؤه لسيده فى إحدى الروايتين ...
 ٣٣٤

الصفحة

- فصل : فإن أعتقه الورثة صح عتقهم ؛... ٣٣٥
 فصل : إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه ،
 صح بيعهم وهبتهم ؛... ٣٣٦
 فصل : إذا وصى السيد بمال الكتابة صح... ٣٣٧
 فصل : إذا مات رجل وخلف ابنين وعبدًا ،
 فادعى العبد أن سيده كاتبه ،
 فصدقه ، ثبتت الكتابة ؛... ٣٣٧
 ٣٠٢٣ - مسألة : (وإن حلَّ نجم فلم يؤده ، فللسيد
 الفسخ ...) ٣٤١ - ٣٤٧
 فصل : وإذا حلَّ النجم على المكاتب وماله
 حاضر عنده ، طُلب به ، ولم يجز
 الفسخ قبل الطلب ،... ٣٤٥
 فصل : فإن حلَّ النجم والمكاتب غائب بغير
 إذن سيده ، فله الفسخ ... ٣٤٦
 فائدة : حيث جوزنا له الفسخ ، فإنه لا
 يحتاج إلى حكم حاكم . ٣٤٦
 ٣٠٢٤ - مسألة : (وليس للعبد فسخها بحال) ٣٤٧
 فائدة : لو اتفقا على فسخها ، جاز ... ٣٤٨
 ٣٠٢٥ - مسألة : (ولو زوج ابنته من مكاتبه ، ثم مات ،
 انفسخ النكاح ...) ٣٤٨ ، ٣٤٩
 فائدة : الحكم في سائر الورثة من النساء ،
 إذا كانت زوجة له ، كالحكم في
 البنت ... ٣٤٩
 ٣٠٢٦ - مسألة : (ويجب على السيد أن يؤتیه ربع مال
 الكتابة ، إن شاء وضعه عنه ، ...) ٣٤٩ - ٣٥٥

- فائدة : إن أعطاه السيد من جنس مال
الكتابة ، لزمه قبوله ، ... ٣٥٣
- ٣٠٢٧ - مسألة : (فإن أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن
الربع ، عتق ، ولم تنفسخ الكتابة ...) ٣٥٥ - ٣٥٧
فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
(وإذا كاتب عبيدًا له كتابة واحدة
٣٥٨ بعوض واحد صح)
- ٣٠٢٨ - مسألة : (ويسقط العوض بينهم على قدر قيمتهم ،
ويكون كل واحد منهم مكاتبًا بقدر
حصته ، يَغْتَق بأدائها ، ويعجز بالعجز
عنها وحده) ٣٥٩ - ٣٦٤
- فائدة : لو شرط عليهم في العقد ضمان كل
واحد منهم عن الباقي ، فسد
الشرط وصح العقد ... ٣٦٠
- فصل : إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر
حصته ... ٣٦٣
- فصل : فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه ،
أو عن مكاتب آخر ، قبل أداء ما
عليه ، بغير علم سيده ، لم
يصح ؛ ... ٣٦٣
- ٣٠٢٩ - مسألة : (وإن اختلفوا بعد الأداء في قدر ما أدى
كل واحد منهم ، فالقول قول من يدعى
أداء قدر الواجب عليه) ٣٦٩ - ٣٦٤
- فصل : فإن جنى بعضهم ، فجنايته عليه
دون صاحبه ... ٣٦٥

- فصل : إذا شرط المكاتب في كتابته أن يوالى
من شاء ، فالشرط باطل ، والولاء
لمن أعتق ، ... ٣٦٥
- فصل : فإن شرط السيد على المكاتب أن
يرثه دون ورثته ، أو مزاحمتهم في
مواريثهم ، فهو شرط فاسد ، ... ٣٦٧
- فصل : فإن شرط عليه خدمة معلومة بعد
العتق جاز ... ٣٦٨
- فصل : إذا كاتبه على ألفين ، في رأس كل
شهر ألف ، وشرط أن يعتق عند
أداء الأول ، ... ٣٦٩
- ٣٠٣٠ - مسألة : (وتجوز كتابة بعض عبده ، فإذا أدى
عتق كله) ٣٦٩
- ٣٠٣١ - مسألة : (وتجوز كتابة حصته من العبد المشترك
بغير إذن شريكه) ٣٧٠ - ٣٧٢
- ٣٠٣٢ - مسألة : (وإذا أدى ما كوتب عليه ، ومثله لسيد
الآخر ، عتق كله ، إن كان الذى كاتبه
موسراً ، وعليه قيمة حصة شريكه) ٣٧٢ ، ٣٧٣
- فائدة : قوله : فإذا أدى ما كوتب عليه ،
ومثله لسيد الآخر ، عتق كله ... ٣٧٢
- ٣٠٣٣ - مسألة : (وإن أعتق الشريك قبل أدائه ، عتق عليه
كله إن كان موسراً ، وعليه قيمة نصيب
المكاتب ...) ٣٧٤ - ٣٧٦
- فصل : وإن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه ،
وكان نصيبه حراً ، وباقيه على

- ٣٧٦ الكتابة ، ...
- ٣٠٣٤ - مسألة : (وإن كاتباً عبدهما جاز ، سواء كان على التساوى أو التفاضل ...)
- ٣٧٧ - ٣٩٩ فصل : ولا يجوز أن يختلفا في التنجيم ، ... ٣٨٠
- فصل : وليس للمكاتب أن يؤدي إلى أحدهما أكثر من الآخر ، ولا يقدم أحدهما على الآخر ... ٣٨٠
- فصل : فإن عجز مكاتبيهما ، فلهما الفسخ والإمضاء ، فإن فسخا جميعاً أو أمضيا الكتابة جاز ما اتفقا
- ٣٨٤ عليه ، ...
- فائدتان ؛ إحداهما ، قال القاضى : ويطرد قول أبى بكر فى دين بين اثنين ، ... ٣٨٤
- الثانية ، لو كاتب ثلاثة عبداً ، فادعى الأداء إليهم ، فأنكر أحدهم ، شاركهما فيما أقر بقبضه ... ٣٨٥
- فصل : وإذا عجز المكاتب ورُدَّ فى الرق ، وكان فى يده مال ، فهو لسيده ، ... ٣٨٦
- فصل : فأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه ، فلا يجب رده بحال ؛ ... ٣٨٧
- فصل : وموت المكاتب قبل الأداء كعجزه فيما ذكرنا ؛ ... ٣٨٧

فصل : إذا قال السيد لمكاتبه : متى عجزت
بعد موتى فأنت حرٌّ . فهذا تعليق
للحرية على صفة تحدث بعد
الموت ... ٣٨٨

فصل : إذا كاتب عبدًا في صحته ، ثم أعتقه
في مرض موته ، أو أبرأه من مال
الكتابة ، ... ٣٨٩

فصل : فإن وصى سيده بإعتاقه ، أو إبرائه
من الكتابة ، وكان يخرج من ثلثه أقل
الأمرين من قيمته أو مال
الكتابة ، ... ٣٩١

فصل : قال الخرق : وإذا كان العبد لثلاثة ،
فجاءهم بثلاثمائة درهم ، فقال :
بيعوني نفسي بها . فأجابوه ، فلما
عاد إليهم ليكتبوا له كتابًا ، أنكر
أحدهم أن يكون أخذ شيئًا ،
وشهد الرجلان عليه بالأخذ ، ... ٣٩٢

فصل : وإذا كان العبد بين شريكين ،
فكاتباه بمائة ، فادعى دفعها إليهما ،
وصدقاه ، عتق ، ... ٣٩٥

فصل : فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى
أحدهما ؛ ليدفع إلى شريكه حقه
ويأخذ الباقي ، فأنكر المدعى
عليه ، ... ٣٩٧

فصل : وإن اعترف المدعى [عليه] بقبض

المائة ، على الوجه الذى ادعاه
المكاتب ، وقال : قد دفعت إلى
شريكى نصفها . فأنكر
الشريك ، ...، ٣٩٨

فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وإن
اختلفا فى الكتابة ، فالقول قول
من ينكرها) ٣٩٩

٣٠٣٥ - مسألة : (وإن اختلفا فى قدر عوضها ، فالقول

قول السيد فى إحدى الروايتين) ٤٠٠ ، ٤٠١

٣٠٣٦ - مسألة : (وإن اختلفا فى وفاء مالها) ٤٠٢ ، ٤٠٣

فصل : إذا كاتب عبدان ، واستوفى من
أحدهما ، ولم يدر أيهما استوفى ، ...، ٤٠٢
فصل : إذا كان للمكاتب أولاد من مُعْتَقَةٍ
غير سيده ، فقال سيده : قد أدى
إلىّ وعتق ، فأنجر ولاء ولده إلىّ .
فأنكر ذلك مولى أمهم وكان
المكاتب حيّاً ، صار حُرّاً بهذا
القول ؛ ...، ٤٠٣

٣٠٣٧ - مسألة : (وإن أقام العبد شاهداً وحلف معه ، أو

شاهداً وامرأتين ، ثبت الأداء وعتق) ٤٠٤ ، ٤٠٥

فصل : فإن لم يكن للعبد شاهداً ، وأنكر
السيد ، فالقول قوله ، ...، ٤٠٤

فصل : وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة
عتق العبد ، إذا كان ممن يصح

إقراره ...، ٤٠٥

- فصل : قال رضى الله عنه : (والكتابة
الفاسدة - مثل أن يُكاتبه على خمر ،
أو خنزير - يُعَلَّب فيها حكم
الصفة ، ...) ٤٠٥ ، ٤٠٦
- فائدتان ؛ إحداهما ، قال فى ... : قول
الأكثرين : إن الكتابة
إذا لم تكن منجمة
باطلة من أصلها ... ٤٠٨
- الثانية ، قال المصنف ، ... : إذا
كانت الكتابة الفاسدة
بعوض محرم ، فإنها
تساوى الصحيحة فى
أربعة أحكام ؛ ... ٤٠٩
- فصل : وتفارق الصحيحة فى ثلاثة
أحكام ؛ ... ٤٠٩
- ٣٠٣٨ - مسألة : (وتنفسخ بموت السيد ، وجنونه ،
والحجر للسفه) ٤١٠ - ٤١٢
- فصل : (ويملك السيد أخذ ما فى يده ، وإن
فضل عن الأداء فضل فهو لسيد) ٤١١ ، ٤١٢
- ٣٠٣٩ - مسألة : (وهل يتبع المكاتب ولدها فيها ؟ ...) ٤١٢ ، ٤١٣
- ٣٠٤٠ - مسألة : (وقال أبو بكر : لا تنفسخ) بموت
السيد ، ولا جنونه ، ولا الحجر عليه
للسفه ... ٤١٣ ، ٤١٤
- فائدة : هل تصير أم ولد إذا أولدها فيها
أم لا ؟ ... ٤١٤

باب أحكام أمهات الأولاد

- ٣٠٤١ - مسألة : (إذا حملت الأمة من سيدها ، فوضعت منه ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان ، صارت له بذلك أم ولد ، ...) ٤١٦
تنبيه : عموم قوله : وإذا علقت الأمة من سيدها ، ... ٤١٦
فائدة : في إثم واطئ أمته المزوجة جهلاً وجهان ... ٤١٧
- ٣٠٤٢ - مسألة : وتعتق بموت سيدها من رأس المال ، وإن لم يملك سواها ... ٤١٩ - ٤٢٢
فصل : وإذا عتقت بموت سيدها ، فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها ؛ ... ٤٢١
فصل : ولا فرق بين المسلمة والكافرة ، والعفيفة والفاجرة ، ولا بين المسلم والكافر ، والعفيف والفاجر ، ... ٤٢١
- ٣٠٤٣ - مسألة : (وإن وضعت جسماً لا تخطيط فيه ...) ٤٢٢ - ٤٢٤
تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أنها لا تصير أم ولد بوضع علقة ... ٤٢٤
- ٣٠٤٤ - مسألة : (وإن أصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ، ثم ملكها حاملاً ، عتق الجنين ، ...) ٤٢٥ - ٤٣٤
فصل : قال أحمد ، في من اشترى جارية

- حاملاً من غيره ، فوطئها قبل
وضعها : فإن الولد لا يلحق
بالمشترى ، ولا يبيعه ، لكن
يعتقه ؛ ... ٤٢٨
- فصل : إذا وطئ الرجل جارية ولده ، فإن
كان قد تملكها وقبضها ، ولم يكن
الولد وطئها ، ولا تعلقت بها
حاجته . ٤٢٩
- فائدة حسنة : لو قال لجاريته : يدك أم
ولدى ... صح ... ٤٣١
- فصل : فإن كان الابن قد وطئ جاريته ،
ثم وطئها أبوه فأولدها ؛ ... ٤٣٢
- تنبيه : ظاهر قوله : أو غيره . أن الخلاف
شامل ماله ووطئها بزنى ثم ملكها ... ٤٣٢
- فائدة : نص الإمام أحمد ، رحمه الله ، في مَنْ
اشترى جارية حاملاً من غيره
فوطئها ، أن الولد لا يلحق
بالمواطئ ، ... ٤٣٢
- فصل : فإن وطئ الابن جارية أبيه فهو
زان ، عليه الحد إذا كان عالماً
بالتحريم ، ... ٤٣٣
- فصل : فإن وطئ أمته وهي مزوجة ، فقد
فعل محرماً ، ولا حد عليه ؛ ... ٤٣٣
- فصل : ولو ملك رجل أمه من الرضاع ،
أو أخته ، أو ابنته ، لم يحل له

٤٣٤

وطؤها ...

تنبيه : تقدم في آخر باب قسمة الغنائم ، إذا
وطئ جارية من المغنم ، ممن له فيها
حق أو لولده ، فأولدها ، ما

٤٣٤

حكمه ؟ ...

٣٠٤٥ - مسألة : (وأحكام أم الولد أحكام الأمة ، في
الإجارة ، والاستخدام ، والوطء ،
وسائر أمورها ، إلا فيما ينقل الملك
في رقبته ؛ ...)

٤٤٢ - ٤٣٥

٤٣٩

فائدة : هل لهذا الخلاف شبهة ؟ ...

فصل : ومن أجاز بيعهن ، فعلى قوله ، إن لم
يبعها سيدها حتى مات ، ولم يكن
له وارث إلا ولدها ، عتقت

٤٤١

عليه ، ...

٣٠٤٦ - مسألة : (وإن ولدت من غير سيدها ، فلولدها

٤٤٥ - ٤٤٢

حكمها في العتق بموت سيدها ، ...)

فصل : فأما ولد أم الولد قبل استيلادها ،
وولد المدبرة قبل تدبيرها ، وولد
المكاتبة قبل كتابتها ، فلا

٤٤٤

يتبعها ؛ ...

٤٤٤

تنبيه : ظاهر قوله : ثم إن ولدت ...

٣٠٤٧ - مسألة : (وإن مات سيدها وهي حامل منه ، فهل

٤٤٦ ، ٤٤٥

تستحق النفقة لمدة حملها ؟ ...)

٣٠٤٨ - مسألة : (وإذا جنت أم الولد ، فذاها سيدها بقيمتها

٤٤٨ - ٤٤٦

أو دونها ...)

- فصل : فإن ماتت قبل فدائها فلا شيء على سيدها ؛ ... ٤٤٧
- فصل : فإن كسبت بعد جنايتها شيئاً فهو لسيدها ؛ ... ٤٤٨
- ٣٠٤٩ - مسألة : (فإن عادت فجئت ، فداها أيضا .
وعنه ، يتعلق ذلك بذمتها) ٤٤٩ - ٤٥٢
- فصل : فإن أبرأ بعضهم من حقه ، توفر الواجب على الباقي ، إذا كانت كلها قبل الفداء ، ... ٤٥٠
- تنبيه : أطلق المصنف هذه الرواية ... ٤٥٠
- فصل : وللسيد تزويجها وإن كرهت ... ٤٥١
- فائدة : قال المصنف ، ... : وإن جنت جنايات ، وكانت كلها قبل فداء شيء منها ، تعلق أرش الجميع برقبته ، ... ٤٥١
- ٣٠٥٠ - مسألة : (وإن قتلت سيدها عمداً فعليها القصاص ، وإن عفوا على مال ، أو كانت الجناية خطأ ، ...) ٤٥٢ - ٤٥٤
- تنبيه : قوله : وإن قتلت سيدها عمداً ، فعليها القصاص ... ٤٥٢
- فائدة : وكذا إن قتلته المدبرة ، وقتلنا : تعتق ... ٤٥٤
- ٣٠٥١ - مسألة : (ولا حد على قاذفها . وعنه ، عليه الحد) ٤٥٥
- فصل : ولا يجب القصاص على الحرية بقتلها ؛ ... ٤٥٥

فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وإذا
أسلمت أم ولد الكافر ، أو

مدبرته ، ...) ٤٥٦

٣٠٥٢ - مسألة : (وإذا وطئ أحد الشريكين الجارية

وأولدها ، صارت أم ولد له ، وولده

حر ، وعليه قيمة نصيب ، شريكه ، ...) ٤٥٩

فصل : وهل يلزمه نصف قيمة الولد ؟ ... ٤٦٣

٣٠٥٣ - مسألة : (وعند القاضى ، وأبى الخطاب ، إن كان

الأول معسرًا لم يسر استيلاده ، وتصير

أم ولد لهما ، يعتق نصفها بموت

أحدهما) ٤٦٤ ، ٤٦٥

فصل : ولا فرق بين أن يكون له فى الأمة

ملك قليل أو كثير ، فالحكم فى ذلك

واحد ؛ ... ٤٦٥

آخر الجزء التاسع عشر

ويليه الجزء العشرون ، وأوله :

كتابُ النكاح

والْحَمْدُ لِلَّهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٦٤٥ / ١٩٩٦ م
I.S.B.N : 977 - 256 - 127 - 1

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة